

העותרת

עיריית ערד

כולם על-ידי בא-כוחם עו"ד אפי מיכאלי
מיכאלי ושות', משרד עורכי-דין

ועל-ידי עו"ד חיים שימן
המחלקה המשפטית, עיריית ערד

ועל-ידי עו"ד ד"ר (גיאוי) ערן צין
מהקליניקה לצדק סביבתי והגנה על זכויות בע"ח
הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב

שכתובתם להמצאת כתבי בי-דין הינה:

מיכאלי ושות', משרד עורכי-דין
רחוב הנחושת 10, תל אביב-יפו 6971072
טלפון: 03-6439911, פקס: 03-6439966

(להלן: "העותרת")

נגד

המשיבים

1. המועצה הארצית לתכנון ולבניה

2. ממשלת ישראל

3. משרד הבריאות

4. המשרד להגנת הסביבה

על-ידי פרקליטות המדינה,

מחלקת הבג"צים, משרד המשפטים

רחוב צלאח א-דין 29, ירושלים 91181

טלפון: 02-6466588, פקס: 02-6467011

5. חברת רותם-אמפרט נגב בע"מ

בית האשלג, רח' קרויצר 1, באר-שבע 84894

(להלן: "המשיבים")

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא צו על תנאי המכוון אל המשיבה מס' 1 (להלן: "המועצה הארצית" או "המועצה"), והמורה לה לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא יבוטלו הוראותיה של תכנית מיתאר ארצית לכרייה וחציבה – תמ"א 14/ב, שפורסמה בילקוט הפרסומים מספר 7752 ביום 8.4.18, המתייחסות לכריית פוספטים ב"מרבץ זוהר

דרום" הכולל את אתרי הכרייה "שדה בריר" ו- "זוהר דרום" שבקרבת העיר ערד והישוב כסייפה ועל שטח הישוב אל-פורעה וישובים נוספים (להלן: "התכנית" או "תמ"א 14/ב").

ב. מדוע לא תדון המועצה הארצית בהוראות התוכנית המתמייחסות לכריית פוספסטים ב"מרבץ זוהר דרום" הכולל את אתרי הכרייה "שדה בריר" ו- "זוהר דרום" שבקרבת העיר ערד והישוב כסייפה ועל שטח הישוב אל-פורעה וישובים נוספים, תוך מתן משקל ראוי לסיכון החמור לבריאות ולחיים הנלווה לכרייה זו, ותוך בחינה ראויה של חלופות המאיינות (ולמצער מצמצמות) סיכון זה.

בקשה לקביעת דיון בהקדם

עוד מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע את העתירה לדיון מהיר, בכפוף לאילוצי יומנו. כפי שיובהר להלן, לפנינו החלטה רבת חשיבות של המועצה הארצית, המקרינה על אזור שלם, שמתגוררים בו עשרות אלפי אנשים, ומסכנת אותם ואת בריאותם. החלטה זו מפרה את הדין, ונשענת על תשתית עובדתית חסרה ביותר. ואם לא די בכך, היות ומדובר בהחלטה של מוסד התכנון העליון, היא מקרינה על כל הליכי התכנון המפורט - שכבר יצאו לדרכם - וסותמת את הגולל על בחינת חלופות אחרות המרוחקות מאזורים מיושבים ואינן פוגעות בחיים ובריאות. על רקע זה יש להעמיד את הדין על מכונו, במהירות האפשרית, בטרם יושקעו כל ההוצאות הכבירות בקידום התוכניות שעל הפרק.

כל אלה ירדו לטמיון אם יתברר, בסופו של יום, שהבסיס להוצאתן שגוי משפטית, ושבעצם צריך היה להתקדם במתווה תכנוני אחר לחלוטין, המייחס את המשקל הראוי לחיים ולבריאות, לעקרון הזהירות המונעת, ואשר מיישם נכונה את הדין החל בסוגיה שעל הפרק.

תוכן עניינים

א. פתח דבר והצדדים לעתירה 5

ב. רקע עובדתי 7

- 1.ב כללי 7
- 2.ב סלע פוספט ותוצרי כרייתו 10
- 3.ב תסקיר השפעה על הסביבה 12
- 4.ב מסמך המדיניות לכרייה ולחציבה של מינרלים תעשייתיים 13
- 5.ב התנגדות משרד הבריאות 15
- 6.ב החלטות המועצה הארצית ואישורה של תוכנית תמ"א 14/ב 20
- 7.ב התנגדות התושבים וגורמים נוספים ופניותיה למועצה הארצית בטרם קבלת ההחלטה 27
- 8.ב הדיון בכנסת 28
- 9.ב קידומה של תכנית מפורטת ותסקיר חדש – ללא ביטולה של החלטת המועצה הארצית 32

ג. הטיעון המשפטי 36

- 1.ג נקודת המוצא – ביקורת שיפוטית על החלטת המועצה הארצית וסדר הטיעון ... 36
- 2.ג מכלול הנתונים מצדיק את התערבותו של בית המשפט הנכבד כבר בשלב זה – אין להמתין להשלמתה של התוכנית המפורטת 38
- 3.ג הזכות לחיים והזכות לבריאות 42
- 3.ג(א) ניתוח כללי: הרגישות לחיי האדם ובריאותו 42
- 3.ג(ב) הפגיעה בחיים ובבריאות בנסיבות העניין היא בגדר סיכון ברור ומוחשי החוצה קווים אדומים מקובלים 45
- 4.ג החובה לצמצם הסיכון לפגיעה בחיים ובבריאות באמצעות בחינת חלופות מסוכנות פחות 47
- 4.ג(א) בחינת חלופות כנגזרת מהזכות לחיים ולבריאות 47
- 4.ג(ב) בחינת חלופות מתחייבת מהחובה הכללית לצמצם פגיעה בחיים ובבריאות 50
- 4.ג(ג) החובה לבחון חלופות במסגרת דיני התכנון והבנייה 51
- 4.ג(ד) החובה לבחון חלופות לאור עיקרון הזהירות המונעת (Precautionary Principle) 53
- 4.ג(ה) העולה מן המקובץ 56
- 5.ג המועצה הארצית הפרה את חובתה לבחון באופן ראוי חלופות הפוגעות פחות בחיים ובבריאות 56

- 56.....ג.5(א) המתודולוגיה העומדת בבסיס החלטת המועצה הארצית
- 58.....ג.5(ב) גישת המועצה מפרה את החובה לבחון חלופות והיא בלתי סבירה באופן קיצוני
- 60.....ג.5(ג) גישת המועצה הארצית נשענת על טעות משפטית בפרשנות חוק אוויר נקי
- 5.5(ד) המועצה הארצית נמנעה מלגבש סדרי עדיפויות במימוש הכרייה כך שהכרייה באזורים מאוכלסים תבוצע רק בלית ברירה, לאחר ניצול העתודות באזורים הלא מאוכלסים
- 71.....ג.5(ה) המועצה הארצית לא ייחסה את המשקל הנאות להשלכות ההרסניות של פינוי אלפי אזרחים בדואים מאדמתם
- 75.....ג.5(ו) שיקול העסקת העובדים אינו יכול להצדיק הימנעות מבחינת חלופות
- 79.....ג.6 המועצה הארצית הפרה החובה לקיים הליך ראוי ולבסס תשתית עובדתית להחלטתה
- 80.....ג.6(א) כללי
- 80.....ג.6(ב) תשתית מוטה
- 83.....ג.6(ג) תשתית חסרה
- 87.....ג.6(ד) אין מידע מלא ומאומת על כמות העתודות הזמינות לניצול בשדות הכרייה הקיימים
- 90.....ג.6(ה) פילוט בשדה בריר אינו יכול לשמש בסיס לגיבושה של תשתית עובדתית ראויה ואינו יכול לבוא במקום בחינת חלופות
- 93.....ג.6(ו) תשתית שגויה המצדיקה את ביטול ההחלטה – הודאת בעל דין מצד המשיבים
- 95.....ג.7 דין החלטת המועצה להתבטל
- 96.....

ד. סוף דבר.....97

א. פתח דבר והצדדים לעתירה

1. קדושת החיים היא ערך יסוד במדינת ישראל; ההגנה על החיים נתפסת כמקודשת במדינה יהודית ודמוקרטית. האמירה "לפיכך נברא אדם יחידי בעולם, ללמד שכל המאבד נפש אחת, מעלים עליו כאילו איבד עולם מלא; וכל המקיים נפש אחת, מעלים עליו כאילו קיים עולם מלא" (מסכת סנהדרין ד, ה), הפכה למוכרת כל כך עד שהיא מתקרבת לסכנת הנדושות.
- אולם, מסתבר כי מחויבות זו לערך החיים ולהגנה עליהם ועל הבריאות אינה מובנת מאליה ואינה נדושה, ויוכיחו זאת הוראותיה של תכנית מיתאר ארצית לכרייה וחציבה – תמ"א 14/ב, שפורסמה בילקוט הפרסומים מספר 7752 ביום 8.4.18, המתייחסות לכריית פוספטים ב"מרבץ זוהר דרום" הכולל את אתרי הכרייה "שדה בריר" ו- "זוהר דרום" שבקרבת העיר ערד והישוב כסייפה ועל שטח הישוב אל-פורעה וישובים נוספים, אשר התקבלו על-ידי המשיבה 1 ועומדות במוקד העתירה דנא.
2. המועצה הארצית החליטה להטיל צל כבד ומסוכן על למעלה מחמישים אלף תושבים הגרים בעיר ערד, במועצה המקומית כסייפה ובכפרים הבדואים אל-פורעה, אל-זעורה, אל-ר'זה וקטאמת. היא נעתרה ליוזמת תאגיד מסחרי לכרות פוספטים באתר שדה-בריר, וזאת למרות ש**משרד הבריאות והתושבים התריעו, ושבנו והתריעו, כי הכרייה במקום תוביל לפגיעה בחיים ובבריאות באופן החוצה חד משמעית את הקווים האדומים הנוהגים במדינות המערב.**
- האוויר במקום, יוצא הדופן בצלילותו, יזוהם כתוצאה מהכרייה בחלקיקים מסוכנים, הנושאים עימם את סכנת התמותה והתחלואה במחלות קשות. בנוסף, לצורך ביצועה של ההחלטה, אלפי אזרחים בני המיעוט הבדואי אשר חיים ומתגוררים באזור מזה עשרות בשנים יפוננו בכוח מאדמותיהם ומבתיהם בניגוד לרצונם, על כל ההשלכות מרחיקות הלכת הנלוות לכך, להם ולחברה כולה.
3. על רקע זה נערכה ההתגייסות רבתי של גורמים שונים באזור שהתפקדו ועתרו לבית המשפט הנכבד בבג"ץ 1016/16 עיריית ערד ואח' נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה ואח' וזאת לאחר קבלתה של החלטת המועצה הארצית לתכנון ולבנייה ביום 1.12.15, בישיבתה מס' 589, בדבר אימוץ "מסמך המדיניות לכרייה וחציבה של מינרלים תעשייתיים" אשר כוללת המלצה לכריית פוספט באזור "זוהר דרום" בו מצוי שטח המכונה "שדה-בריר" המצוי בקרבת העיר ערד והישובים כסייפה ועל שטח הישוב אל-פורעה וישובים נוספים המצויים על שטח הכרייה המיועד.
4. עיריית ערד, ראש העיר ערד, מר ניסן בן-חמו ומועצת העיר חברו יחדיו למועצה המקומית כסייפה; לסגנית יו"ר הכנסת, וראשת העיר לשעבר, ח"כ טלי פלוסקוב, ולעמותה של תושבי העיר, החרדים לאיכות חייהם ולבריאותם, ושמנהלים מזה שנים מאבק נגד האפשרות לכרות פוספטים במקום. אלפי תושבים טרחו ובאו לחתום על יפויי כח להגשת העתירה דנא, וכך הגיע

מספר העותרים בבג"ץ 1016/16 לקרוב **לאלפיים איש ואישה**, **יהודים ובדואים**, **חילונים ודתיים**, הנחויים כולם להילחם באיום הכבד המוטל עליהם נוכח האפשרות שפוספט ייכרה בסמוך כל כך לבתיהם ולבתי ילדיהם ויטכנן את בריאותם ואת חייהם. אלפים אלה מייצגים את עשרות אלפי התושבים באזור.

זהו מקרה נדיר שאוכלוסיית אזור שלם עשתה דרכה ועלתה לירושלים כדי להיאבק על החיים ועל הבריאות במרחב המחיה שלה ומבקשת כי יוסר האיום המסוכן הרובץ לפתחה.

רצ"ב כנספח א' העתירה בבג"ץ 1016/16 עיריית ערד ואח' נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה ואח'.

5. העתירה בבג"ץ 1016/16 נדחתה על-ידי בית המשפט הנכבד בהיותה מוקדמת.

6. לאחר דחייתה של העתירה, וכפי שיפורט בהרחבה בהמשך, אימצה המועצה הארצית לתכנון ולבניה את "מסמך המדיניות לכרייה וחציבה של מינרלים תעשייתיים" האמור במסגרת תמ"א 14/ב ביחס לכריית פוספטיים ב"מרבץ זוהר דרום" הכולל את אתרי הכרייה "שדה בריר" ו-"זוהר דרום" שבקרבת העיר ערד והישוב כסייפה ועל שטח הישוב אל-פורעה וישובים נוספים.

את החלטה זו נבקש להעמיד לביקורתנו של בית המשפט הנכבד בעתירה זו, שכן החלטה זו התעלמה – עד כדי ביטול – מהסיכון הבריאותי הצפוי מהקמת המכרה באזור המאוכלס, ותוך דחיית עמדתו החד משמעית של משרד הבריאות.

יודגש, כי עתירה זו מהווה המשך ישיר של העתירה בבג"ץ 1016/16 וכי בשל חלוף הזמן ובשל שיקולים נוספים הוחלט, למען הזהירות, כי עתירה זו תוגש על-ידי העותרת בלבד וזאת על-אף התמיכה הציבורית הרחבה למהלך זה, אשר נותרה בעינה גם בימים אלה.

7. כפי שנראה, ההחלטה העומדת לבחינה במסגרתה של עתירה זו נסמכה על ניתוח חלופות מוטה, חלקי, פגום, חסר ושגוי. היא מפרה את החובות החוקתיות להגן על החיים ועל הבריאות; את עקרון הזהירות המונעת, והיא נשענת על טעות משפטית מובהקת בפרשנותו ובאכיפתו של חוק אוויר נקי, התשס"ח – 2008 (להלן: "חוק אוויר נקי").

ההחלטה התקבלה על-אף קיומה של מחלוקת משפטית ומקצועית קשה בין משרד הבריאות למשרד להגנת הסביבה באשר לאופן בו יש ליישם את הוראותיו של חוק אוויר נקי ואת החובות החוקתיות המוטלות על רשויות השלטון באישורם של פרויקטים רחבי היקף, להם השלכות על בריאות הציבור, וזאת תוך דחיית עמדת משרד הבריאות בניגוד לדין ומבלי שקיים בסיס משפטי או חוקתי לכך.

ההחלטה נמנעה מיצירת מדרג בו ייכרו תחילה הפוספטים באזורים שאינם מאוכלסים, ורק אחר כך תישקל האפשרות הקשה כל כך לסכן את האוכלוסייה, את בריאותה ואת חייה. תחת

זאת, ובאופן בלתי סביר בעליל, משמעות ההחלטה היא כי תחילה ייכרו הפוספטים דווקא באזורים המאוכלסים תוך סיכון התושבים כולם ותוך פינוי אלפי אזרחים בדואים מהאדמות עליהם הם מתגוררים מזה עשרות בשנים.

8. להחלטה זו השלכות מעשיות מרחיקות לכת. היא יוצרת מתודה מקצועית שתנחה ואף תחייב את הליכי התכנון העתידיים. היא יוצרת החלה מעוותת של חוק אוויר נקי, שהפך למרבה התדהמה למכשיר ראשון במעלה להכשרת זיהום אויר רחב היקף בקרבת אזורים מאוכלסים, וזאת בניגוד גמור ללשון החוק ולתכליתו הברורה. החלטה זו מעצבת למעשה את הליך התכנון באופן שבהמשכו לא נדרשים מוסדות התכנון לבחון חלופות מחוץ לשטח הכרייה שהועדף, ובכך מתקבעת החלטת המועצה הארצית בדבר כרייה באזור האמור בלא הצורך בבחינת חלופות או עריכתו של תסקיר חלופות כראוי.

9. לפיכך קיימת חשיבות רבה בביטול ההחלטה נוכח השלכות אלה, וזאת בדיוק נבקש מבית המשפט הנכבד לעשות.

10. המשיבים לעתירה הם המועצה הארצית, ממשלת ישראל ומשרדי הממשלה הניצים – המשרד להגנת הסביבה ומשרד הבריאות; והחברה הפרטית המעוניינת בכרייה במקום, ושעלולה להיות מושפעת מתוצאות העתירה.

ב. רקע עובדתי

ב.1 כללי

11. העיר ערד מהווה סמל, מזה עשרות שנים, למקום מגורים הנהנה מאיכות חיים יוצאת דופן. שמה יצא למרחוק בגין צלילות האוויר המצויה במקום. העיר, בה מתגוררים כ- 25,000 תושבים, ממוקמת בצפון מזרח הנגב, על גבולו הדרומי של מדבר יהודה ומצויה בליבו של אזור שמורות ומשאבי טבע מהנדירים בעולם. הנוף המדברי, תנאי האקלים הייחודיים השוררים בעיר בשל הימצאותה בגובה של כ- 600 מטרים מעל פני הים, איכות האוויר הגבוהה והקרבה לים-המלח הפכו את העיר ערד למוקד תיירות, נופש ומרפא המושך אליו ציבור הסובל ממחלות נשימתיות. בעיר פועלת למעלה מארבעים שנים פנימיית הילדים "בית מזור" המיועדת לילדים ונערים חולי אסתמה. ברוח זו נבחרה גם בעבר סיסמת המיתוג של העיר על-ידי עיריית ערד: "ערד - יש קסם באוויר".

12. במרחק של כמה קילומטרים מדרום מערב לעיר ערד מצויה המועצה המקומית כסייפה בה חיים ומתגוררים כ- 20,000 תושבים. ישוב זה הוקם על ידי מדינת ישראל לאחר הסכם השלום עם מצרים, והתיישבו בו אזרחים בני המיעוט הבדואי, שפנו מאזור תל מלחתה בשל הקמת בסיס נבטים במקום.

13. בתווך בין העיר ערד למועצה המקומית כסייפה ממוקם הישוב הבדואי המוכר אל-פורעה. הישוב מונה כ- 5,000 נפשות והוא הוקם לפני קום מדינת ישראל. בישוב נמצא בית ספר בו לומדים כ- 2,000 תלמידים בגילאים 5-15. בסמוך לישוב זה מצויים גם הכפרים אל-זערורה ואל-ר'זה בהם חיים כ- 4,000 תושבים. כפרים אלה הם כפרים בלתי מוכרים המצויים באזור עשרות שנים.
14. והנה דווקא אזור פסטורלי זה מצא עצמו מושא להליכי תכנון העלולים להפוך הקערה על-פיה. מזה למעלה מעשור עומדת על הפרק תוכנית לכריית פוספטים המצויים במקום. תאגיד מסחרי מבקש לקבל היתר לכריית של כמויות גדולות של פוספטים במשך העשורים הקרובים. כוונה זו עוררה מטבע הדברים התנגדות רבתי של תושבי האזור על כל גווניהם, **נוכח הסיכון הברור הצפוי לבריאותם ואף לחייהם**. כפי שנראה בהמשך, ניסיון זה עומד גם בניגוד לעמדת משרד הבריאות אשר קבע כי כריית פוספט באזור תוביל לגידול שאינו מקובל בעולם המערבי בהיקף התמותה והתחלואה בקרב תושבי האזור. אך בכל אלה לא היה כדי להועיל.
15. ביום 1.12.15, בישיבתה מס' 589, קיבלה המועצה הארצית לתכנון ולבניה (להלן: **"המשיבה 1"** או **"המועצה הארצית"**) החלטה בדבר אימוץ "מסמך המדיניות לכרייה וחציבה של מינרלים תעשייתיים" (להלן: **"מסמך המדיניות"**) אשר כולל המלצה לכריית פוספט באזור "זוהר דרום" בו מצוי שטח המכונה "שדה-בריר" (להלן: **"החלטת המועצה הארצית"**).
- רצ"ב כנספח ב'** החלטת המועצה הארצית לתכנון ולבניה מיום 1.12.15.
- רצ"ב כנספח ג'** מסמך המדיניות לכרייה וחציבה של מינרלים תעשייתיים.
16. על-פי החלטת המועצה הארצית, גודלו של שטח הכרייה המיועד הוא 27.3 קמ"ר (להלן: **"המכרה"** או **"שטח הכרייה"**) והוא כולל למעשה שני תאי שטח – האחד, שטח המכונה "שדה בריר" (להלן: **"שדה בריר"**) אשר גודלו עומד על 12.9 קמ"ר, ושטח נוסף הצמוד לו ממערב ומדרום המכונה "זוהר דרום" שגודלו 14.4 קמ"ר (להלן: **"זוהר דרום"**). שני השטחים מצויים באזור המכונה במסמך המדיניות **"מרבץ זוהר דרום"** (להלן: **"מרבץ זוהר דרום"**) (ראו לעניין זה מפה 13 בעמ' 69 במסמך המדיניות המצורף כנספח ג' לעתירה זו).
17. בלב שטח הכרייה מצוי הישוב אל-פורעה שהוזכר לעיל והכפרים אל-זערורה ואל-ר'זה ובית הספר אותו פוקדים ילדי הישובים מדי יום. שטח הכרייה ממוקם מדרום מערב לעיר ערד במרחק של כ- 3.8 קילומטרים משכונותיה המיושבות של העיר ובמרחק של כקילומטר אחד מאזור התעשייה שלה. שטח הכרייה מצוי גם כמה מאות מטרים ממזרח למועצה המקומית כסייפה.
18. מצידו הדרום מערבי של שטח הכרייה מצוי בסיס חיל האוויר נבטים. אזור מגורי המשפחות בבסיס נבטים, בו מתגוררות משפחות רבות של המשרתים בבסיס, מצוי כ- 4.5 קילומטרים משטח המכרה. כמו כן, באזור שטח הכרייה ובסמיכות לו מתאמנות יחידות צבאיות רבות,

אשר תהיינה חשופות גם הן לסכנות העתידות לצמוח מהקמתו של המכרה, כאמור בעמדת משרד הבריאות כפי שזו תוצג בהרחבה בהמשך.

19. על מנת להמחיש את העובדה כי השדה המתוכנן לכרייה מצוי **בלב האזור המיושב** בו מתגוררים וחיים כ- **55,000 תושבים**, נציג להלן מפה של האזור וכן תצלום משטח הכרייה המיועד הצופה אל עבר בית הספר ביישוב אל-פורעה, ומודגמת בו גם הקרבה של שטח הכרייה לעיר ערד.

להלן מפה של שטח הכרייה בשדה בריר ושטח הכרייה הנוסף במרבץ זוהר דרום וכן מידע לגבי מרחק שטח הכרייה מיישובים באזור:



להלן תצלום מנקודת מבט מתוך שטח הכרייה על עבר העיר ערד. הקו המקווקו החוצה את התצלום מצידו הימני לשמאלי משקף את גבול שטח הכרייה כאשר בצמוד ומעליו ניתן לראות את בתי הספר של היישוב אל-פורעה אותם פוקדים **מדי יום כ- 2,000 ילדים** בגילאי 5-15, ומאחוריהם רואים בבירור את הקרבה לשכונותיה הדרום מערביות של העיר ערד:



רצ"ב כנספח ד' מידע חזותי נוסף ממנו ניתן ללמוד על מידת הקרבה של המכרה לישובים באזור.

20. בשנת 1999 הוגשה על-ידי חברת רותם-אמפרט נגב בע"מ (להלן: "רותם-אמפרט" או "החברה") תוכנית מפורטת מס' 140/03/24 שמטרתה הקמת אתר לכריית פוספט בשדה בריר (להלן: "התוכנית המפורטת הראשונה"). תוכנית זו נדונה במסגרת הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה במחוז דרום של משרד הפנים (עם מעבר מנהל התכנון למשרד האוצר, כפופה ועדה זו למשרד זה) (להלן: "הוועדה המחוזית"). תוכנית זו לא אושרה להפקדה ואף בוטלה לאחרונה כפי שיפורט להלן, ובמקומה החליטה המשיבה 1 על קידומה של תוכנית מפורטת שתקודם על-ידי המשיבה 1 עצמה כתוצאה מהוראותיה של תמ"א 14/ב – הוראות אשר עומדות לבחינתו של בית המשפט הנכבד בעתירה זו.

קידומה של תוכנית מפורטת על-ידי המשיבה 1 מבוססת על קבלתה של החלטה עקרונית של המועצה הארצית לתכנון ולבניה במסגרת תמ"א 14/ב, המכשירה את הכרייה במקום, ועל בסיסה מקודמים הליכי תכנון פרטניים, הנשענים על האור הירוק שכבר התקבל במועצה למימוש התוכנית. החלטה זו, המקרינה באופן מובהק על כל הליכי התכנון המפורטים, היא העומדת במרכזה של העתירה דנא.

21. לפני שנפנה להציג את ההליך התכנוני לפרטיו, נתייחס תחילה בקצרה לנתונים המאפיינים את כריית הפוספטים והמצביעים על הסכנות הנלוות לכרייה זו.

2.ב. סלע פוספט ותוצרי כרייתו

22. פוספט (זרחח) הוא משאב טבע והינו מהמחצבים הנכרים בעולם. סלע הפוספט מופיע בדרך

כלל במספר שכבות בעובי של מטרים בודדים. מכרות הפוספטים העיקריים בישראל מצויים באורון, בנחל צין, בחתרורים ובמישור רותם. עתודות פוספט נוספות מצויות באזורים נוספים בנגב, באזורים סמוכים לים המלח ובערבה והם, ככלל, מצויים במקומות מרוחקים מאזורים מיושבים.

23. בשל קרבתו היחסית של הפוספט לפני הקרקע, דרך הכרייה המקובלת היא **כרייה פתוחה**, תוך שימוש בחומר נפץ ופעולות קדיחה. לאחר פעולת הכרייה עצמה, מועבר סלע הפוספט למתקני העשרה ובסוף התהליך מתקבל תוצר מועשר בזרחן.

24. כרייתו של הפוספט גורמת להיווצרותו של **אבק חלקיקי מסוכן** המורכב מתערובת של חלקיקים המרחפים באוויר ונישאים עמו. מדידת חלקיקי האבק נעשית על-פי קבוצות בהתאם לגדלים שונים. בעבר, נהוג היה להתייחס כקבוצת סיכון לחלקיקים מקבוצת PM10 (Particulate Matter) בגודל של עד 10 מיקרון. כיום, עם התקדמות יכולת המדידה, ניתן לעמוד על פוטנציאל הסכנה הטמון גם בחלקיקים קטנים יותר מ-10 מיקרון, ובמיוחד חלקיקים מקבוצת PM2.5 (בגודל של עד 2.5 מיקרון).

25. **כרייה פתוחה של פוספטים מובילה, בהגדרה, להפצתה של קבוצה גדולה ומשמעותית של חלקיקים מסוג זה, שהוכרו כמסוכנים וכמזהמים על-פי הוראות חוק אויר נקי (ראו תקנות אויר נקי (ערכי איכות אויר) (הוראת שעה), התשע"א-2011). ואכן, פגיעתם בבריאותם של הנחשפים אליהם עלולה להיות חמורה.**

על-פי המחקרים ובשל גודלם המזערי של חלקיקים אלו, חשיפה להם עלולה לגרום נזק רב לרקמות העדינות בריאותיהם של אלו הנחשפים להם ומכאן המסקנה כי בפליטתם יש כדי לגרום **להגברת התחלואה והתמותה בעקבות החשיפה**. הסיכון בקבוצת חלקיקים זו נובע, בין היתר, מעצם גודלם המזערי המאפשר להם לחדור לאזורים עדינים במערכת הנשימה של האדם ובעיקר לרקמות העדינות בריאותיו, ולגרום לחסמים שתוצאתם הרת אסון, ולהוביל אף לעלייה משמעותית בסיכון לתחלואה בסרטן.

בעניין זה ראו הדברים המובאים בדו"ח סיכונים בריאותיים לנחשפים לחומרים הנפלטים לאוויר שפורסם על-ידי לשכת דובר השר להגנת הסביבה:

החומר החלקיקי קיים בגדלים שונים. חלקיקים גדולים יותר מסוכנים פחות כיוון שהם נתפסים ביתר קלות על ידי האף או הגרון ולאחר מכן נפלטים החוצה על ידי הנשימה, על-ידי שיעול, או נבלעים. חלקיקים קטנים יותר נשאפים לתוך קנה הנשימה. חלקיקים קטנים מ-10 מיקרון עלולים לגרום לירידה בתפקודי ריאה, למחלות דרכי נשימה, מחלות לב וכלי דם.

חלקיקים בקוטר של 2.5 מיקרומטר ומטה הם המסוכנים ביותר: הם

יכולים לחדור בקלות לפינות העדינות ביותר בראות, ולפגוע בתהליך הנשימה. בהיותם בעלי שטח פנים גדול הם יכולים גם לספוח חומרים רעילים השפעה המדאיגה ביותר של חומר חלקיקי היא על אוכלוסיות רגישות. אלה כוללות אנשים הסובלים ממחלות נשימתיות כרוניות מסוימות כגון אסתמה. הגירוי הנוצר על ידי החומר חלקיקי עלול להחמיר את מצבם. הם מגבירים תופעות של שיעול, זיהומים, דלקות וקוצר נשימה. החלקיקים מגבירים מחלות דרכי נשימה תחתונות בילדים.

חשיפה כרונית לחלקיקים קטנים יכולה לגרום לתמותה ממחלות לב וריאות ומסרטן ריאות.

רצ"ב כנספח ה' דו"ח סיכונים בריאותיים לנחשפים לחומרים הנפלטים לאוויר שפורסם על-ידי לשכת דובר השר להגנת הסביבה (עמוד 2 - חלקיקים PM).

ב.3 תסקיר השפעה על הסביבה

26. כפי שתואר לעיל, פעילות הכרייה נעשית על פני הקרקע וללא יצירת כל חוצץ בינה ובין שכבת האוויר מעליה. שיטת כרייה זו מחייבת בחינה של ריכוזי האבק הצפויים מהפעלת המכרה תוך התחשבות בתנאי האקלים ובמשטר הרוחות הנהוג באזור הכרייה. זאת במיוחד כאשר שטח הכרייה מצוי באזור המאופיין באקלים צחיח ויבש בעל משטר רוחות ער **בעיקר בחודשי החורף**. מרחקו של אזור הכרייה מהים התיכון וגובהו הטופוגרפי, כ- 600 מטרים מעל פני הים, משפיעים גם הם על תנאי האקלים באזור המאופיינים בלחות נמוכה לאורך כל עונות השנה אשר בצרף משטר הרוחות הקיים באזור גורם לאבק החלקיקי להינשא למרחקים ארוכים.

27. לפיכך, קיימת חשיבות רבה בעריכתו של תסקיר השפעה על הסביבה אשר יאפשר לקבל החלטה, כמו החלטת המועצה הארצית, על בסיס הידע המדעי העדכני ביותר וכי תסקיר זה יהיה עדכני וישען על נתונים תקפים לצורך קבלתה של החלטה מושכלת בנושא.

28. לאור זאת, במסגרת דיוני הוועדה המחוזית בתוכנית המפורטת האמורה, נדרשה חברת רותם-אמפרט לבצע תסקיר השפעה על הסביבה ביחס לשטח הכרייה בשדה בריר. לצורך כך שכרה החברה את שירותיה של חברת גיאופרוספקט 1986 ירושלים בע"מ. **התסקיר שהוגש כלל נתונים ביחס לשטח הכרייה בשדה בריר בהתבסס על מידע שנמסר על-ידי חברת רותם-אמפרט עצמה והוגש לוועדה המחוזית בשנת 2001** (להלן: "התסקיר הקודם" או "התסקיר").

רצ"ב כנספח ו' תקציר וחלקים מרכזיים מתסקיר השפעה על הסביבה לתוכנית מפורטת מס' 140/03/24.

29. כפי שציינו, האפיק התכנוני בוועדה המחוזית נזנח, אך התסקיר שהוכן במסגרתו שימש

לביסוס החלטתה של המועצה הארצית, עמד לנגד עיניה, והיה למעשה התסקיר היחיד עליו נשענה. זאת, כפי שיפורט להלן בהרחבה, למרות שהמועצה הארצית היתה ערה לפגמיו של תסקיר זה ותעיד על כך החלטתה – שהתקבלה בטרם אושרה תוכנית תמ"א 14/ב – על עריכתו של תסקיר חדש שימומן על-ידי גורמי השלטון עצמם.

בניגוד להוראות הדין, כפי שנראה בהמשך, לא בוצע תסקיר חלופות לגבי אזורים אחרים, בהם מצויות עתודות פוספט, והרחקות מריכוזי אוכלוסין.

זאת ועוד; התסקיר היחיד שבוצע התייחס לשטח הכרייה בשדה בריר בלבד, בעוד שהשטח שאושר בסופו של יום הוא כפול משטח זה, ומתקרב עד כדי צמידות לבתו של היישוב כסייפה כעולה מהמפה שהוצגה לעיל. גם לגבי השטח הנוסף באזור עצמו לא בוצע כל תסקיר.

עוד נדגיש, כי חברת רותם-אמפרט אשר הגישה את התסקיר לוועדה המחוזית היא, מטבע הדברים, בעלת עניין ישיר באישור השטח לכרייה. והנה, החלטה עקרונית כל כך, המשפיעה באופן כה עמוק על כלל תושבי הסביבה, התקבלה על בסיס נתונים שסופקו על ידי החברה המעוניינת בקידומה של הכרייה באזור ועל בסיס תסקיר (חלקי בלבד) שהיא מימנה והוא – על-פי החלטתה של המועצה הארצית לעריכתו של תסקיר חדש – אינו תקף עוד, שכן סוכם על עריכתו של תסקיר חדש.

כמובן שעוד נידרש לכל אלה בטיעון המשפטי שיובא להלן, ושיציג, בין השאר, את התשתית העובדתית הלקויה, הפגומה והחסרה כל כך העומדת בבסיס ההחלטה.

4.ב מסמך המדיניות לכרייה ולחציבה של מינרלים תעשייתיים

30. כאמור, התוכנית שהגיש היזם בשנת 1999 לוועדה המחוזית לא קודמה. ההתקדמות באפיק התכנוני באה לידי ביטוי בהחלטתה של המועצה הארצית לתכנון ולבניה (בישיבתה מס' 465 מיום 27.9.2005) להורות על הכנתה של תוכנית תמ"א/14 ג' - תוכנית מתאר ארצית לאתרי כריה וחציבה למינרלים תעשייתיים (להלן: "תמ"א/14 ג'").

לצורך כך החליטה המועצה הארצית בישיבתה זו כי תוקם ועדת עורכים לתמ"א/14 ג' אשר תכלול את נציגי: מינהל התכנון, מתכנת מחוז דרום, משרד התשתיות, המשרד לאיכות הסביבה (כשמו אז), החברה להגנת הטבע ומשרד התמ"ת (כשמו אז). כמשקפים יהיו נציגי: ממ"י (מנהל מקרקעי ישראל), רט"ג (רשות הטבע והגנים) והמכון הגיאולוגי (להלן: "ועדת העורכים").

31. ביום 31.1.2011 ערכה ועדת העורכים את ישיבתה הראשונה. אך בניגוד להחלטת המועצה הארצית מיום 27.9.2005, נמנה על ועדת העורכים בישיבתה זו משקיף נוסף מטעם התאחדות התעשיינים – מר אורי יסעור. לא היינו מתעכבים על נקודה זו אלמלא העובדה שמר יסעור שימש (ומשמ עדיין) כסמנכ"ל אקולוגיה ותשתיות בחברת רותם-אמפרט – בעלת העניין

הישיר באישור הכרייה בשדה בריר (להלן: "מר יסעור").

32. לאור האמור, ביום 15.9.2011 שיגרה עו"ד נעמה הלר מעמותת אדם טבע ודין מכתב לראש מינהל התכנון ובו עמדה על הבעייתיות הקשה הטמונה בפעילותו של מר יסעור במסגרת ועדת העורכים ועל הקשיים העולים מניגוד העניינים בו הוא מצוי ביחס לעבודת ועדת העורכים.

רצ"ב כנספח ז' מכתבה של עו"ד נעמה הלר מאדם טבע ודין מיום 15.9.2011.

33. **אך למרות זאת, פעילותו של מר יסעור כמשקיף לא הופסקה, והוא נטל חלק מרכזי בדיוני הוועדה, והשתתף ברובם. עיקר השפעתו בא לידי ביטוי בכל הנוגע לתשתית העובדתית שגובשה במסגרת מסמך המדיניות. עיון בפרוטקולי ועדת העורכים מראה עד כמה דומיננטיים היו דבריו של מר יסעור בגיבוש החלטותיה של ועדת העורכים וכיצד הפך מר יסעור לציר מרכזי בדיוני הוועדה.**

רצ"ב כנספח ח' דוגמאות לפרוטוקולים של ישיבותיה של הוועדה מהם עולה מעורבותו הפעילה של מר יסעור בגיבוש התשתית העובדתית אשר ניצבה בבסיס מסמך המדיניות.

34. בסופו של יום תוצר עבודתה של ועדת העורכים הוא מסמך מדיניות לכרייה ולחציבה של מינרלים תעשייתיים **מחודש אוקטובר 2014**, אשר הובא לאישורה של המועצה הארצית לתכנון ולבנייה (נספח ג' לעיל).

35. מסמך זה ביקש לבחון את האופן בו ניתן לספק את צרכי התעשייה של חומרי כרייה וחציבה והמינרלים התעשייתיים עד לשנת 2045 אשר הוגדרה כ"שנת היעד".

36. הבחינה במסגרתו נסמכה על הערכת עתודות לכרייה כאשר המידע המוצג במסמך מתייחס לשלושה סוגים של עתודות:

(א) עתודות משוערות - הערכה כמותית כללית של מצאי עתודות חומרי הגלם המבוססת על מידע גיאולוגי קיים ללא חקירה מפורטת וללא בחינה הנדסית וסביבתית מעמיקה;

(ב) עתודות מוכחות - הערכה מדויקת יותר של מצאי העתודות הניתנות לכרייה וזאת בהסתמך על חקירה פרטנית של האתר ובחינה של משתני הפקה הנדסיים, כלכליים וסביבתיים.

(ג) עתודות זמינות - עתודות מוכחות המאושרות בתכנית מפורטת וניתנות לכרייה.

37. על-פי מסמך המדיניות, יש לספק לתעשיית הפוספט 7.5 מיליון טון בשנה. לכמות זו - על-פי מסמך המדיניות (עמ' 35) - יש להוסיף 10% בשל צפי לפחת טכני בכרייה. לפיכך, משנת 2010

ועד לשנת 2045 (שנת היעד) זקוקה התעשייה ל- 289 מיליון טון פוספט. למרות חלקיות המידע המוצהרת בהמלצות הועדה לבחינת משק הפוספט, נקבע במסמך המדיניות כי כמות העתודות הזמינות, נכון למועד כתיבת מסמך המדיניות, היא כ- 151 מיליון טון.

מרבצי הפוספט בשולי הערבה ובנגב המרכזי... בשטחים אלה עתודות משוערות המסתכמות בכ- 600 מיליון טון שחלקם הגדול נמצאים באזורים בעלי ערכיות סביבתית גבוהה במיוחד ובחלקם מצויים מתחת לכיסוי טפל עבה במיוחד. מכלל זה המרבצים הצפוניים שבשולי הערבה ואשר בהם עתודות משוערות בהיקף של כ- 60 מיליון טון, קרובים יחסית לשטחי הזיכיון ונשקלים לניצול במסגרת השטחים שבקרב שטחי הזיכיון. כמו כן בשטחים אלו לא נעשו סקרים מקיפים לבחינת טיב ואיכות הפוספט והידע על איכותו מוגבל ביותר.

38. על בסיס הדברים האמורים, קובע מסמך המדיניות כי יש לאתר תוספת של 138 מיליון טון פוספט באזורים אחרים בהם לא מבוצעת כרייה כיום. על-פי מסמך המדיניות, כדי להמיר את הצורך בכמות זו במונחים של עתודות משוערות (ולא עתודות זמינות), יש להוסיף 30% לכמות האמורה. לפיכך, על-פי מסמך המדיניות, יש לאתר כמות של 179 מיליון טון עתודות משוערות עד לשנת היעד (עמי' 35 למסמך המדיניות).

39. לצורך איתור כמות זו, ביקש מסמך המדיניות לבחון 3 חלופות שונות לכרייה פוספט עד לשנת היעד בהתבסס על הידע הקיים ביחס לעתודות הפוספט בישראל. החלופה הראשונה היא כרייה באזור הערבה והרחבת אזורי הכרייה הקיימים. החלופה השנייה היא כרייה באזור הנגב המרכזי. החלופה השלישית היא כרייה באזור זוהר דרום (שעומד במרכז העתירה דנא).

40. המלצתו של מסמך המדיניות היא כי יש להעדיף את הכרייה באזור זוהר דרום על-פני כרייה באזורים אחרים שנבחנו במסמך. המלצה זו עומדת בבסיס אימוצן ואישורן של הוראות תמ"א 14/ב בנושא העומדות לבחינה במסגרתה של עתירה זו.

5.ב התנגדות משרד הבריאות

41. מסלול ההתקדמות של מסמך המדיניות היה ברור עוד לפני אוקטובר 2014. ככל שנקף הזמן התברר כי מתגבשת המלצה לאפשר כרייה משמעותית ביותר דווקא בלב האזור המאוכלס של ערד כסייפה והפזורה הבדואית, ולהעדיף אפשרות מסוכנת זו על פני החלופות הרחוקות מאזורי אוכלוסייה.

42. על רקע זה, וכבר במהלך הליך התכנון בפני המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, הוצגה באופן עקבי עמדת משרד הבריאות וגורמי המקצוע במשרד, לפיה הכרייה באזור שדה בריר תוביל לעלייה בתמותה ולעלייה חריפה בתחלואה בקרב 55,000 תושבי האזור, הסוטה באופן חד

וחרף מהמקובל במדינות המערב.

עמדה זו גובשה על בסיס שורה של חוות דעת של מומחים בתחום בריאות הציבור ואחרים אשר חיוו דעתם על השלכותיה הבריאותיות של הכרייה בשדה בריר. ראו להלן חוות הדעת הצריכות לעניין.

רצ"ב כנספח ט' חוות דעתם של ד"ר מיכה ברחנא וד"ר יונתן דובנוב מיום 28.2.2008.

רצ"ב כנספח י' חוות דעתו של ד"ר אריק קרסנטי מיום 14.5.2008.

רצ"ב כנספח יא' חוות דעתם של ד"ר מיכה ברחנא וד"ר יונתן דובנוב מיום 30.5.2008.

רצ"ב כנספח יב' חוות דעתו של פרופ' אליהו ריכטר מיום 25.10.2009.

רצ"ב כנספח יג' חוות דעתו של פרופ' שי לין מיום 24.1.2010.

חוות הדעת אלה, ככלל, נערכו ללא ששולמה לעורכיהן כל תמורה, מלבד חוות דעתו של ד"ר קרסנטי שהוזמנה על ידי המשרד להגנת הסביבה.

43. גישה נוגדת הוצגה מצד מומחים שנשכרו על-ידי חברת רותם-אמפרט נגב. על רקע זה ביקש ראש שירותי בריאות הציבור לסכם את חוות הדעת ולגבש החלטה על בסיס סיכום זה. סיכום כאמור נערך עבור משרד הבריאות על-ידי ד"ר ברחנא וד"ר דובנוב, ובסופו אוששה התוצאה כי הפעלת המכרה בשדה בריר "תגרום לתוספת זיהם אויר אשר תביא לתוספת תמותה ותחלואה".

רצ"ב כנספח יד' חוות דעתם של ד"ר מיכה ברחנא וד"ר יונתן דובנוב מיום 16.4.2010.

44. פרופ' איתמר גרוטו, לשעבר ראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות (להלן: "פרופ' גרוטו" או "ראש שירותי בריאות הציבור") סמך ידו על סיכום זה.

רצ"ב כנספח טו' מכתבו של ראש שירותי בריאות הציבור מיום 18.4.2010 בעניין.

45. למען הזהירות ועל מנת להסיר כל ספק נוכח כובד הסוגיה העומדת על הפרק, החליט משרד הבריאות להתקשר עם מומחה בעל שם עולמי הפועל מחוץ לישראל, שיבחן את הדברים מזווית ראייה חיצונית וכוללת, המבוססת על פרספקטיבה בינלאומית רחבה ביותר. לשם כך הוחלט להתקשר עם פרופ' ג'ונתן סמט מאוניברסיטת דרום-קליפורניה (Jonathan M. Samet, M.D., M.S.), שהוא מומחה בינלאומי בתחום בריאות הציבור (להלן: "פרופ' סמט" או "המומחה הבינלאומי").

פרופ' סמט ביצע הליך בדיקה מקיף ויסודי, ונפגש עם כל הצדדים הנוגעים בדבר. בסופו של יום חוות דעתו המקצועית והבלתי תלויה איששה את חששותיו של משרד הבריאות. הוא הגיע למסקנה כי הכרייה באזור המאוכלס כרוכה בחשש משמעותי לעלייה בתחלואה ואף למוות באופן החוצה באופן ניכר את רף הסיכון המקובל במדינות המערב.

רצ"ב כנספח טז' חוות דעתו של פרופ' גיונתן סמט מיום 31.3.2014, **ותרגומה לעברית**.

46. על בסיס חוות דעת זו (והוות הדעת הקודמות) שלח פרופ' גרוטו (ביום 31.3.2014) את עמדתו המקצועית לשרת הבריאות דאז, חה"כ יעל גרמן. במסגרת מכתבו ביטא את התנגדותו הנחרצת של המשרד לכרייה בשדה בריר ולעריכתו של ניסוי כרייה לתקופה מוגבלת כפי שהוצע במסגרת הליכי התכנון (להלן: **"מכתב ראש שירותי בריאות הציבור"**), וזאת נוכח הסיכונים לבריאות ולנפש הנלווים הן לכרייה והן לניסוי.

רצ"ב כנספח יז' מכתבו של ראש שירותי הבריאות לשרת הבריאות מיום 31.3.2014.

את מכתבו חותם פרופ' גרוטו באמירה חד משמעית וברורה לפיה הסיכון באישור הכרייה בשדה בריר הינו סיכון שאינו מקובל בעולם. כך ביחס לסיכון לתמותה עודפת וכך גם בסיכון לתחלואה עודפת. ראו הדברים:

**תוספת הסיכון המרבי הצפוי על פי הנתונים (בהנחה כי תושבי הפזורה הבדואית לא יהיו נוכחים באזור הכרייה כפי שהם כיום)...
סיכון זה הינו גדול מהסיכון המקובל בעולם.**

בצירוף של עליה צפויה בתחלואה... ההשפעה המצטברת הצפויה על בריאות האדם הינה מעבר לסף המקובלות החברתית [ההדגשה הוספה].

47. בעקבות מכתבו של פרופ' גרוטו שיגרה שרת הבריאות (ביום 31.3.14) מכתב לראש מינהל התכנון במשרד הפנים (כיום במשרד האוצר). במכתבה הביעה אף היא את התנגדותה הנחרצת לאישור הכרייה בשדה בריר ואף לעריכתו של פיילוט או ניסוי כרייה באזור. להלן הדברים:

כדי לנתק את חוות הדעת המקצועיות מהלחצים השונים והחשדות שנלוו עליהם (מכל צד), החלטתי לבקש חוות דעת של מומחה אובייקטיבי, משוחרר מהלחצים ודעות קדומות, שהתבקש "לבחון את הנושא של כרייה באתר שדה בריר וההשפעות הבריאותיות הצפויות שלו ולייעץ למשרד הבריאות בנוגע לעמדתו באשר לכרייה בשדה בריר".

לאחר שקראתי את חוות דעתו של פרופ' סאמט, ואת ההתייחסות של פרופ' איתמר גרוטו, ראש שירותי בריאות הציבור, ולאחר שעמדו לנגד עיניי חוות הדעת הקודמות בנדון, ומתוך אחריות כשרת הבריאות, הגעתי לכלל מסקנה כי אפשרות הפיילוט איננה נכונה, שכן, הוא לא יוכל לשקף באופן מלא את המצב בפועל, או, כדבריו של פרופ' סאמט: "הניסיון שייצבר, לא יוכל לספק ביטחון כי לכרייה בהיקף מלא לא יהיו השפעות בריאותיות שליליות (ההדגשה במקור)".

כמו כן לאחר ניתוחו של סאמט את רמת הסיכון הצפויה מכרייה מלאה בשדה בריר לתושבי האזור כולו השתכנעתי כי כרייה בשדה בריר תביא לסיכון בריאותי שאינו עומד בסטנדרטים של סיכון בריאותי המקובלים כיום בארה"ב ובאירופה ושגם אנו איננו יכולים להסכים לו.

לסיום ברצוני להעיר כי בהליך של בחירת כל אתר למפעל המשפיע על בריאות הציבור יש לעשות הליך מסודר במסגרתו יש להכין תסקיר השפעה על הבריאות לרבות סקירות ספרות מקצועית שיטתית וקביעת הערכת סיכונים, קבלת חוות דעת מומחים ושיתוף ציבור. רק לאחר מכן יש לבחור את המקום הראוי לכל אתר ואתר [ההדגשות הוספו].

רצ"ב כנספח יח' מכתבה של שרת הבריאות לראש מינהל התכנון מיום 31.3.2014.

48. הנה כי כן, משרד הבריאות הביע התנגדות לא רק להחלטה לאפשר את הכרייה במקום, אלא גם לאופן בו נאספה התשתית העובדתית, ללא בדיקת חלופות רצינית, וללא בחינה של מרכיב הסיכון הבריאותי הנלווה לכל חלופה וחלופה, וזאת על בסיס עובדתי עצמאי ובלתי תלוי.

49. בחלוף הזמן ולקראת דיון המועצה הארצית לתכנון ולבנייה בנושא, שיגר ראש שירותי בריאות הציבור מכתב לחברי המועצה הארצית לתכנון ולבנייה שכותרתו: "עמדת משרד הבריאות – שדה בריר".

רצ"ב כנספח יט' מכתבו של ראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות לחברי המועצה הארצית לתכנון ולבנייה מיום 30.11.2014.

50. במכתבו זה מיום 30.11.2014 הציג ראש שירותי בריאות הציבור בפני חברי המועצה הארצית לתכנון ולבנייה את עמדת משרד הבריאות נגד הכרייה בשדה בריר ונגד עריכת ניסוי הכרייה (פילוט); נתייחס בהמשך לנקודות החשובות המצוינות במכתב זה בחלקה המשפטי של העתירה, אך בשלב זה חשוב להבהיר את לוז הדברים, קרי את הגישה העקרונית המנחה את עמדת המשרד בבואו לבחון את אפשרות הכרייה במקום מאוכלס;

הגישה הראויה במקרים אלה, לשיטת משרד הבריאות, היא זו המתמקדת בסיכון התוספתי לתמותה ולתחלואה כתוצאה מחשיפתו לזיהום. זאת תוך התחשבות במאפייניהם של קבוצות אוכלוסייה ייחודיות כגון ילדים, זקנים וחולים במחלות נשימתיות. או בלשונו של ראש שירותי בריאות הציבור:

עמדת משרד הבריאות – שדה בריר

1. מדיניות משרד הבריאות בשדה בריר אינה מתבססת על מספר האנשים שמתים, אלא על הסיכון התוספתי למוות (הדגשה

במקור) תוצאה מהחשיפה בישובים ליד המכרה. אדם אחד שמת כל מספר שנים הוא לכאורה שולי לעומת התועלת הגלומה בפרוייקט, רק שהתועלת היא לכלל הציבור והנזק הוא לציבור מצומצם מאוד (ויש להדגיש כי לא מדובר רק בתמותה אלא גם בתחלואה תוספתית). יודגש גם כי מספר הנפטרים תלוי בגודל האוכלוסייה המושפעת.

2. הגישה המקובלת בעולם וגם עלינו אינה אפס סיכון או "בטיחות מוחלטת" (כפי שיש הנוטים להציג לעיתים את עמדת משרד הבריאות), אלא רף של סיכון תוספתי שהינו סביר. גם כאשר לוקחים את העמדה המקלה ביותר בעולם המערבי, במקרה של שדה בריר אנו עוברים אותה. הסיבה ש"רק" אדם אחד יסבול מכך מידי מספר שנים נעוצה בעובדה שמספר התושבים באזור יחסית קטן, אך עובדה זו לא משנה את הסיכון עצמו לאותם תושבים.

3. כפי שכתב פרופ' ג'ון סאמט אשר כתב את הדו"ח בנושא, אין לישראל היום מדיניות ברורה של סיכון תוספתי מקובל בפרוייקטים. אנו נשמח להתגייסות של ממשלת ישראל לקביעת סף כזה.

51. עוד התייחס פרופ' גרוטו לאפשרות לערוך פיילוט בשדה בריר עצמו ודחה אותה בתוקף, ואף ראה בו "ניסוי קליני בבני אדם". ככל שיהיה מוגבל מוגבל בהיקפו, וייערך במקום מרוחק, לא תהיה בו תועלת, שכן לא ניתן יהיה לעמוד על מלוא היקף הסיכון באמצעותו; ואילו ניסוי מלא ומקיף צריך להיערך דווקא באזור קרוב יותר למוקדי האכלוס ומכאן מסוכנותו היתרה:

פיילוט - עמדת פרופ' ג'ון סאמט ומשרד הבריאות מקבל אותה במלואה, הינה שאין מקום או תועלת בביצוע פיילוט מכון שהפיילוט שהוצע הינו במקום מרוחק והיקף הכרייה שתוכנן לא ישקף מצב של כרייה מלאה ולכן אין בו תועלת וסימני השאלה הקיימים יישארו במקומם. פרופ' סאמט המשיך לומר, שאם יוחלט על ביצוע פיילוט (ואין לראות באמירה זו שלו המלצה לביצוע פיילוט על ביקורת על הפיילוט ועל הצורך בו), על מנת שנוכל לקבל ממנו מידע תקף, אזי עליו להיות בנקודה הקרובה ביותר לעיר ובהיקף כרייה מלא (על מנת לשקף את הסיכון האמיתי לעיר), ובמצב כזה הא אינו פיילוט אלא ניסוי קליני על בני אדם אשר עלול לגרום השלכות בריאותיות, בדיוק כפי שהוצג בדו"ח.

52. דברים נכוחים אלה היו אמורים להוביל להקפאת הכוונה לאשר את הכרייה באזור המאוכלס, אך לא כך התגלגלו הדברים. אל מול משרד הבריאות ניצבה עמדת גורמי המקצוע במשרד

להגנת הסביבה, אשר טענו כי תוספת הסיכון עומדת בערכי הסביבה של חוק אוויר נקי, התשס"ח – 1988 (להלן: "חוק אוויר נקי"), שאליהם ואל משמעותם (לצד זו של ערכי היעד שבחוק) נידרש בהמשך. נוכח זאת, אין המדובר, לשיטתם בסיכון שמחייב למנוע את אישור התוכנית. זאת ועוד; העובדה שהתוכנית אינה עומדת בערכי היעד של חוק אוויר נקי, היא חסרת משקל למעשה, ולא חייבה בדיקת חלופות סדורה, רצינית ומעמיקה או מחשבה נוספת. כאמור הכול קם ונפל סביב שאלת העמידה בערכי הסביבה שבחוק.

53. משרד הבריאות התריע כי גישה זו של המשרד להגנת הסביבה עומדת בניגוד לחוק אוויר נקי ולתכליתו ובנוסף אין היא סבירה. לצד זאת, קבע ראש שירותי בריאות הציבור כי בטרם תתקבל החלטה בנושא, על ממשלת ישראל לקבוע מדיניות ממשלתית כוללת בכל הנוגע לסיכון התוספתי המקובל לתמותה ותחלואה בפרויקטים דומים כפי שמקובל בכל העולם המערבי. ראו דבריו:

לסיכום: עמדת משרד הבריאות הינה שיש לשאוף בכל עת ובכל זמן לערכי היעד של חוק אוויר נקי, בעיקר כאשר מדובר בפרוייקטים חדשים בעלי גודל משמעותי, תוך קביעת מדיניות ממשלתית כוללת בכל הנוגע לסיכון תוספתי מקובל לתמותה ותחלואה כפי שמקובל כיום בכל העולם המערבי.

54. כפי שנראה מיד להלן, עמדתו של משרד הבריאות נדחתה על ידי המועצה הארצית בהחלטתה לאמץ את מסמך המדיניות ובהחלטתה במסגרת תמ"א 14/ב בנושא.

6.ב החלטות המועצה הארצית ואישורה של תוכנית תמ"א 14/ב

55. למרות עמדתו של משרד הבריאות ועל-אף האמור לעיל, ביום 1.12.2015 בישיבתה מס' 589, אימצה המועצה הארצית לתכנון ולבנייה את המלצות מסמך המדיניות ובראשן העדפת כריית פוספט במרבץ זוהר דרום בו מצוי שדה בריר על-פני חלופות כרייה אחרות. להלן לשון ההחלטה:

הוחלט:

1. בפני המועצה הארצית הוצגו עיקרי מסמך המדינית לתכנון וניהול משק הכרייה והחציבה של מינרלים תעשייתיים.
 2. המועצה הארצית שמעה, בדיונים הקודמים, את עיקרי העמדות בנוגע לכריית פוספטים בזוהר דרום. עמדות המתנגדים התייחסו בעיקר להשלכות הבריאותיות והסביבתיות מהכרייה על תושבי האזור עקב תוספת הזיהום הצפויה, דבר שלטענתם יהיו לו השלכות חברתיות משמעותיות.
- עמדות התומכים התייחסו בעיקר לחשיבות הפוספטים למשק

ולצמיחה של הנגב בהיבטי תעסוקה, ולעדיפות חלופה זו על החלופות האחרות שנבחנו, כל זאת תוך הבהרה כי הכרייה תעמוד בערכים הקבועים בחוק אויר נקי וינקטו האמצעים הטכנולוגיים הטובים ביותר למניעת מטרדים.

3. לעניין עמדת משרד הבריאות, שהתבססה על מסקנותיו של מומחה בינלאומי מטעמם (פרופ' סאמט), לפיה יש להימנע מתוספת סיכון, גם אם קיימת עמידה בתקנים סביבתיים, הובהר על-ידי נציג המשרד להגנת הסביבה כי כל פרויקט חדש הכולל תוספת של זיהום אויר ועמו תוספת סיכון, הסיכון לגיטימי כל עוד הפרויקט עומד בערכי סביבה שנקבעו בחוק אויר נקי ובתקנותיו, וכי הכרייה בזהר דרום אינה שונה מכל פרויקט תשתית אחר. ערכי הסביבה מותאמים לתקנים אירופאים ואף מחמירים מהם.

4. בפני המועצה הארצית הוצגה הסכמה כי לא קיים סיכון כתוצאה מחשיפה לחומרים רדיואקטיביים והמחלוקת העיקרית הינה ביחס להשפעתם של החלקיקים הנוצרים מפעולות הכרייה והחציבה.

5. המועצה הארצית, לאחר ששמעה את העמדות השונות, השתכנעה שאין בכריית הפוספט הטלת סיכון בריאותי בלתי קביל על האוכלוסייה. הובהר על ידי המשרד להגנת הסביבה, כי תוספת הסיכון בגין הכרייה דומה לתוספת סיכון בגין זיהום אויר מכביש עירוני פנימי, וכי תוספת זו יחד עם מצב הרקע עומדים בתקני סביבה של חוק אויר נקי. לצד זאת, רואה המועצה חשיבות בפיתוח מינרלים תעשייתיים, שהינם מחצבים, בעלי ערך כלכלי גבוה וחשיבות לאומית למשק בכלל ולתעסוקת הנגב בפרט. כמו כן, סבורה המועצה כי מתן מענה תכנוני לעתודות הנדרשות למשק לשנת היעד 2045 חיונית כדי לאפשר את המשך פעילות המשק לצד ייעול תהליכים וטיפול בצמצום ההשלכות הסביבתיות תוך עמידה בהוראות חוק אויר נקי ביחס לאוכלוסייה במרחב.

6. לאור זאת, המועצה הארצית, לאחר שבחנה את ההשלכות הסביבתיות כפי שהן בחלופות השונות ולאחר שהובהר שתוספת החלקיקים המוצעת מצומצמת ביותר ביחס לפעילויות אחרות המתקיימות במרקם העירוני ועומדת בערכי הסביבה, מאמצת את מסמך המדיניות והמלצות הכלולות בו ובכלל זה:

א. קידום האתרים הבאים כחלק מתמ"א 14/ב (תוכנית מתאר ארצית לכריה ולחציבה):

פוספט: זוהר דרום, אורון-צין, חתרורים- גורר ורותם, כולל כרייה רב שכבתית עם פצלי שמן ופורצלניט.

...

7. המועצה הארצית רואה חשיבות בקידום תמ"א 14/ב ובמתן הוראות להכנת תוכנית מפורטת לשדה בריר, ומנחה את מינהל התכנון להביא את שניהם לדיון כבר באחת מישיבותיה הקרובות.

8. המועצה הארצית פונה אל המשרדים הרלוונטיים (משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים, משרד הכלכלה ומשרד האוצר) לפעול ולהביא למימוש ההמלצות הכלולות במסמך המדיניות.

לקראת אישורה של תמ"א 14/ב, יציגו המשרדים את אופן יישום ההמלצות.

החלטת המועצה הארצית לתכנון ולבניה מיום 1.12.2015 הובאה כנספח ב' לעיל.

רצ"ב כנספח כ' פרוטוקול ישיבתה של המועצה הארצית לתכנון ולבניה מיום 1.12.2015.

רצ"ב כנספח כא' תמלול ישיבתה של המועצה הארצית לתכנון ולבניה מיום 1.12.2015.

56. ביום 7.2.2016 הוגשה לבית המשפט הנכבד עתירה על-ידי העותרת וכ- 2,000 תושבי האזור, כנגד החלטת המועצה הארצית מיום 1.12.2015, לאמץ את המלצות מסמך המדיניות – בג"ץ 1016/16 עיריית ערד ואח' נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה ואח' (להלן: "העתירה" או "בג"ץ 1016/16").

57. ביום 1.3.2016 החליטה המועצה הארצית על העברת התוכנית להערות הוועדות המחוזיות. בהתאם לכך, דנה הוועדה המחוזית מחוז דרום בתכנית (להלן: "הוועדה המחוזית"). הוועדה המחוזית עמדה על חלק מהפגמים המפורטים בהרחבה בכתב עתירה זה ואשר נפלו לדעתה בהכנת מסמך המדיניות.

58. כך למשל, מציינת הוועדה המחוזית את הסיכונים הבריאותיים הכרוכים בהקמת המכרה, את העובדה שבמסגרת תכנית המתאר הארצית לא נערך תסקיר השפעה על הסביבה חדש ואת הבעייתיות הכרוכה בפינוי כפוי של האוכלוסייה הבדואית המתגוררת בתחומי המכרה המתוכנן, כדלקמן:

הועדה לאחר ששמעה את חברי הועדה, הנציגים השונים לרבות ראש העיר ערד, ראש המועצה כסייפה ותושבי הסביבה, ממליצה לגרוע את אתר מספר 487 זוהר דרום מהתמ"א מהטעם כי בנקודת הזמן הזו

קיים חשש שטרם התבדה בנושא בריאות התושבים באזור. וכן היות וטרם בוצעו כל הבדיקות הרלוונטיות וביניהן ביצוע תסקיר חדש בדבר ההשפעה על הסביבה, עליו הוחלט בין שני השרים- שר הבריאות והשר להגנת הסביבה, אשר יבחן את השפעה הצפויה של הפעילות באתר על האוכלוסייה באזור כמו גם, בשל העובדה שלא הוצג בפני הוועדה פתרון לאוכלוסייה הבדואית המתגוררת בשטח האתר או בסמוך אליו.

רצ"ב כנספח כב' פרוטוקול ישיבת הוועדה המחוזית מחוז דרום מספר 2016015 מיום 25.7.2016.

59. לאור האמור לעיל, המליצה הוועדה המחוזית לחוקר, שמונה על ידי המועצה הארצית לצורך בחינת התוכנית, לגרוע את אזור זוהר דרום מהתכנית.

60. החוקר קיבל את הערת הוועדה המחוזית באופן חלקי, והמליץ על פיצול הכרייה באזור זוהר דרום לשני אתרים: אתר 487 - שדה בריר ואתר 487ב - זוהר דרום, כך שאתר 487ב (זוהר דרום) יקבע כאתר לתכנון עתידי.

61. ביום 14.2.2017 דנה ועדת המשנה של המועצה לעניינים תכנוניים עקרוניים (להלן: "הולנת"ע") בהמלצות החוקר. בהסתמך על הקביעות המפורטות במסמך המדיניות ועל הצורך שהוכח לטעמה באספקת העתודות הנדרשות לשנת היעד, החליטה הולנת"ע לא לקבל את המלצת החוקר לקבוע את אתר 487ב כאתר לתכנון עתידי. בנוסף, ולאחר שהוועדה המחוזית כאמור הביעה את התנגדותה לתכנית, המליצה הולנת"ע על הוספת הוראה מיוחדת לתמ"א "שתקבע כי האתר יתוכנן ויאושר ע"י מוסד תכנון ארצי".

רצ"ב כנספח כג' פרוטוקול ישיבת הולנת"ע מספר 587 מיום 14.2.2017.

62. זה המקום לציין, כי ביום 13.12.2016 הגישה ההסתדרות הרפואית בישראל (להלן: "הר"י") "בקשה להצטרף כ'ידיד בית המשפט'" במסגרתו של בג"ץ 1016/16 שאוזכר לעיל (להלן: "בקשת הר"י"). במסגרת זו ציינה המבקשת כך:

אופן הבחינה של הפגיעה הפוטנציאלית בבריאות הציבור שונה בתכלית מהבחינה שנערכת לשם אמידתם של נזקים פוטנציאליים לסביבה. הסתמכותה של המועצה הארצית על קביעותיו של המשרד להגנת הסביבה, כי מכרות הפוספטים המתוכננים עומדים ב"ערכי סביבה" כנדרש בחוק אוויר נקי, אינה מספקת ובכך בלבד אין כדי לאיין את החששות לבריאות הציבור.

חששות אלה צריכים, לגישת המבקשת, להיבחן כשלעצמם ועל יסוד מסד עובדתי המורכב, בין היתר, מתסקירי בריאות הציבור. תסקירים כאלה הוזמנו, בין היתר, על ידי משרד הבריאות ובוצעו באמצעות

מומחים, מהארץ ומחו"ל. בכולם נמצא כי הפרויקט המדובר חורג בהרבה מאמות המידה המקובלות באשר לסיכון חיי אדם ובריאות הציבור, אך אלה לא זכו להתייחסות ממשית בהחלטה שנסמכה, כאמור, באופן בלעדי על עמדת המשרד להגנת הסביבה.

התעלמותה של המועצה הארצית מדוחות וחוות הדעת של כלל הגורמים המקצועיים בתחום הבריאות, תוך הסתמכות בלעדית על עמדת המשרד להגנת הסביבה, מהווה פגם היורד לשורשה של ההחלטה שעניינו באי-שקילתם של שיקולים רלבנטיים באופן ההופך את ההחלטה לבלתי סבירה באופן קיצוני.

רצ"ב כנספח כד' בקשת ההסתדרות הרפואית בישראל להצטרף כידיד בית המשפט' בבג"ץ 1016/16 מיום 13.12.2016.

63. ביום 20.3.2017 נדונה העתירה בבג"ץ 1016/16 עיריית ערד נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה (פורסם בנבו). ביום 20.3.2017 ניתן פסק דין בעתירה במסגרתו החליט בית המשפט הנכבד על דחיית העתירה בהיותה עתירה מוקדמת וציין כי:

עניינה של עתירה זו בהחלטת המועצה הארצית לתכנון ולבניה (להלן: המועצה הארצית או המועצה) מיום 1.12.2015 לאמץ המלצות מסמך מדיניות, בגדרו הוחלט – בין היתר – לקדם תכנון מתארי ארצי בגדר הוראות תמ"א 14/ב (להלן: התכנית) שיסדיר כריית פוספט במרבץ זוהר דרום, בו מצוי שדה בריר.

...

המועצה קידמה את הליכי התכנון בתמ"א 14/ב, הכוללת 130 אתרים ברחבי הארץ לכרייה ולחציבה של חומרי גלם לבנייה ולסלילה, וביניהם האתר נושא העתירה. ביום 1.3.2016 החליטה המועצה על העברת התכנית להערות הוועדות המחוזיות. הוועדה המחוזית דרום דנה בתכנית והמליצה – בין היתר – להסיר את אתר זוהר דרום מהתמ"א. ביום 13.10.2016 וביום 27.10.2016 נשמעו הערות הוועדות המחוזיות לתכנית על ידי החוקר שמונה לתכנית, שהעלה על הכתב את המלצותיו. ביום 14.2.2017 דנה ועדת המשנה של המועצה לעניינים תכנוניים עקרוניים (להלן: הולנת"ע) בהמלצות החוקר, והמליצה – בין היתר – כי האתר יתוכנן ויאושר על ידי מוסד תכנון ארצי. השלב הבא בהליכי התכנון של תמ"א 14/ב הוא קיום דיון במועצה הארצית בהמלצות הולנת"ע, באחת מישיבותיה הקרובות של המועצה. ככל שהמועצה תמליץ על אישורה של תמ"א 14/ב, תובא התכנית לאישור הממשלה לפי סעיף 53 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965.

64. עוד הוסיף בית המשפט הנכבד בפסק דינו כי :

הסתייגותם הנחרצת של העותרים מאתר זוהר דרום, שזכתה לתמיכתה של הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, עומדת להכרעתה של המועצה הארצית. המועצה מצידה אינה כבולה למסמך המדיניות או לכל תכתיב או אילוץ אחר, ושומה עליה להפעיל את שיקול דעתה התכנוני במקצועיות ובפתיחות. אין מקום שבית משפט זה יידרש לטיעונים שמועלים על ידי העותרים, קודם שידון בהם מוסד התכנון המוסמך.

סיכומם של דברים: העתירה נדחית על הסף בהיותה עתירה מוקדמת. בצד האמור, למותר לציין כי כל טענות העותרים שמורות להם, וכי מקומה של הביקורת השיפוטית יגיע עם סיומם של הליכי התכנון, ככל שתהיה עילה לכך.

65. סמוך לדחיית העתירה, ביום 4.4.2017, אישרה המועצה הארצית את תמ"א 14/ב (להלן: "ההחלטה בדבר אישור תמ"א 14/ב"). במסגרת זו, קבעה המועצה כי תוכן תמ"א מפורטת למרבץ זוהר דרום (487).

רצ"ב כנספח כה' החלטת המועצה הארצית לתכנון ובניה בישיבתה מספר 606 מיום 4.4.2017.

66. בהתאם לכך, החליטה המועצה הארצית בישיבה מספר 612 מיום 5.12.2017, על עריכת תמ"א 1/14: תכנית מיתאר ארצית ברמה מפורטת לכריית פוספט באתר שדה בריר (להלן: "התוכנית המפורטת" או "התוכנית המפורטת החדשה").

רצ"ב כנספח כו' החלטת המועצה הארצית לתכנון ובניה בישיבתה מספר 612 מיום 5.12.2017.

67. בהחלטה בדבר אישור תמ"א 14/ב מיום 4.4.2017, מציינת המועצה הארצית כי התוכנית המפורטת החדשה תיערך בהמשך להחלטה על אישור תמ"א 14/ב והיא נגזרת ממנה. עוד קובעת ההחלטה, כי ההחלטה על עריכתה של התוכנית המפורטת החדשה מבוססת על הליך בחינת החלופות שבוצע במסגרת תמ"א 14/ב, "שהוביל לבחירת שדה בריר כחלופה המיטבית לאספקת עתודות הפוספט לטווח הקצר והבינוני".

68. יודגש, כי הליך בחינת חלופות זה עומד, בין היתר, במוקד עתירה זו וכפי שעולה מהדברים המובאים בעתירה זו מדובר בהליך מוטה ופגום, ואשר נשען על פרשנות שגויה של חוק אוויר נקי, כפי שיפורט להלן.

69. ביום 15.1.2018 החליטה ועדת השרים לענייני דיור (להלן: "קבינט הדיור") (החלטה מספר דר/169) לאשר את תוכנית מתאר ארצית לכרייה ולחציבה תמ"א 14/ב (להלן: "החלטת קבינט

הדיוור בדבר אישור תמ"א 14/ב"י).

70. על החלטה זו הוגש ביום 29.1.2018 ערר על-ידי ראש הממשלה וממלא מקום שר הבריאות (להלן: "הערר על תוכנית תמ"א 14/ב"י"). זאת לאור פוטנציאל הפגיעה בבריאות של אתר כרייה בסמוך ליישובים מאוכלסים, אשר מחייבת לדעת משרד הבריאות עריכת תסקיר השפעה על הבריאות.

רצ"ב כנספח כז' ערר על החלטת קבינט הדיוור מס' 169/דר מיום 29.1.2018 שהוגש על-ידי ראש הממשלה וממלא מקום שר הבריאות.

71. ביום 5.3.18 הגיעו נציגי מינהל התיכנון, משרד הבריאות ומשרד האנרגיה לסיכום בעניין בחינת ההיבטים הבריאותיים בתמ"א 14/ב. סיכום זה כלל הודעה על ביטולו של הערר על תוכנית תמ"א 14/ב. במסגרת זו הוחלט שמינהל התכנון יקים צוות בהשתתפות נציגי משרד האוצר, משרד הבריאות, המשרד להגנת הסביבה, משרד התחבורה ומשרד האנרגיה. הוחלט כי צוות זה יגיש תוך 90 ימים "המלצות למתודולוגיה לבחינת ההיבט הבריאותי" ואלה ייבחנו במסגרת הכנת התוכנית המפורטת החדשה.

רצ"ב כנספח כח' סיכום בעניין בחינת היבטים בריאותיים בתוכנית – תמ"א 14/ב תכנית מתאר ארצית לכרייה וחציבה.

72. כפי שיפורט להלן, אין בכוחו של סיכום כאמור כדי לרפא את הפגמים המהותיים שנפלו בבסיס אישורה של תמ"א 14/ב.

73. ביום 8.4.18 פורסם ברשומות דבר אישורה של תמ"א 14/ב'.

רצ"ב כנספח כט' הודעה על אישור תכנית מיתאר ארצית, ילקוט הפרסומים, כ"ג בניסן התשע"ח 8,7752, באפריל 2018.

74. בכך נפל דבר בעולם התכנון בישראל.

התכנית קובעת מתודה מקצועית לפיה די בעמידה של התוכנית בערכי הסביבה שבחוק אוויר נקי כדי לאיין את הסיכון הבריאותי שמשרד הבריאות התריע עליו וביקש למנעו; זאת ועוד – המועצה הארצית פטרה עצמה מהצורך לבחון את מידת הסיכון הבריאותי הנשקפת מחלופות כרייה נוספות, המרוחקות מאזורים מאוכלסים, שכן, לשיטתה, עמידה בערכי הסביבה נותנת מענה לחשש הבריאותי בכללותו. זוהי החלטה תכנונית-עקרונית, העתידה לעצב את הליכי התכנון הפרטניים שיבואו בעקבותיה.

התקבעותה של החלטה זו היא בעלת השלכות רחב על מתודת התכנון הכללית בישראל, נוכח זהותו של הגורם המחליט – מוסד התכנון העליון של מדינת ישראל. ויצוין, כי החלטה כבדת משקל זו התקבלה תוך חילוקי דעות מקצועיים משמעותיים ביותר בין משרד הבריאות לבין המשרד להגנת הסביבה, מחלוקת שיורדת לשורש ההבנה המשפטית של חוק אוויר נקי, ושל

החובה להגן על החיים ועל הבריאות ולמנוע את הפגיעה בהם.

75. לאור האמור לעיל, וכפי שיפורט בהרחבה להלן, הוגשה לבית המשפט הנכבד עתירה זו. אך בטרם נביא בפני בית המשפט הנכבד את מלוא הטיעון המשפטי בעניין, נבקש לעמוד על מספר עניינים נוספים שיש בהם כדי להביא בפני בית המשפט הנכבד את התמונה בכללותה.

7. התנגדות התושבים וגורמים נוספים ופניותיה למועצה הארצית בטרם

קבלת ההחלטה

76. לצד ההתנגדות של משרד הבריאות הובעה התנגדותם הנחרצת של תושבי ערד והסביבה לאפשרות הכרייה במקום. הכוונה להפוך את האזור הפסטורלי במקום לשדה כרייה אחד גדול של פוספטים, על הסיכונים החמורים הנלווים לכך, עוררה **התנגדות נחרצת** מצד גורמים מקומיים שונים:

(א) עיריית ערד שבה והתנגדה לתוכנית הכרייה וזאת בשורה של החלטות מועצה שהתקבלו בשנים האחרונות מאז הוצגה התנגדותו של משרד הבריאות לכרייה בשל הסכנה הצפויה לבריאותם וחיים של תושבי האזור.

(ב) תושבים בעלי מודעות החלו בהתארגנויות ונקטו בצעדים שונים במטרה להסיר את איום הקמתו של מכרה פוספטים בפאתי העיר.

(ג) ביום 17.2.2011 הוקמה עמותת "רוצים לחיות בלי מכרות", אשר הוקמה על-ידי תושבי העיר ערד ויישובי הסביבה ומטרתה התנגדות להקמתו של מכרה פוספטים באזור (להלן: "העמותה").

77. ביום 30.11.2014, עובר לשיבתה של המועצה הארצית לתכנון ולבניה מיום 2.12.2014, נשלחה עמדת עמותת "רוצים לחיות בלי מכרות" ביחס למסמך המדיניות מחודש אוקטובר 2014. במכתב בא-כוח העמותה הוצגו הסתייגויות העמותה ביחס להמלצות ועדת העורכים במספר מישורים.

רצ"ב כנספח ל' מכתבו של בא-כוח עמותת "רוצים לחיות בלי מכרות" מיום 30.11.2014.

78. לצד זאת, מסמך המדיניות זכה להתנגדות נוספת מצד עמותת "אדם טבע ודין" אשר כללה שורה של הערות למסמך המדיניות אשר חלקן מובא בעתירה זו.

רצ"ב כנספח לא' חוות הדעת של "אדם טבע ודין" למסמך המדיניות מחודש נובמבר 2014.

79. כאמור, בכל אלה לא היה כדי להועיל, והמועצה הארצית גילתה נחישות לאשר את התוכנית.

ב.8 הדיון בכנסת

80. החלטת המועצה הארצית בדבר אימוץ מסמך המדיניות עוררה הדים רבים. גורמים שונים ראו בה תקדים מסוכן שאין אפשרות להשלים עמו; החלטת המועצה שיקפה הסגה של הבריאות וערך החיים מפני הכלכלה והסביבה. וזאת ללא בדיקה נאותה של האפשרות לקדם את אותם אינטרסים עצמם במקום שאינו מאוכלס וללא סיכון לבריאות, או תוך צמצום ברווחיות.

81. ביום 23.12.2015 נדרשה הכנסת לעניין ודנה בהחלטה שהתקבלה במועצה. בדיון נכחו, בין היתר, שר הבריאות והשר להגנת הסביבה באותה עת. להלן נביא חלק מהדברים שנאמרו בישיבה זו, המראים עד כמה ההחלטה נתפסה כמתנגשת עם צדק בסיסי, ועם הגנה נאותה על החיים ועל הבריאות.

(א) **חה"כ מנחם אליעזר מוזס עמד על הפגיעה הקשה במחויבות לשמירה על חיי אדם. הוא ציין כי מדובר במקרה ברור שבו יש ספק פיקוח נפש והוסיף "אתם יודעים שלא רק על פיקוח נפש מחללים את השבת, אלא גם על ספק פיקוח נפש", והוסיף:**

אני רוצה לומר לגבי ערד, המקום הזה שהוא באמת פנינה, ויושבת כאן גם מי שהיתה ראש העיר בערד, שאתם יודעים שרק לפני כמה שנים בוועידה, בשדולה לתיירות שהקמת כאן, אז דיברו על כמה שחשוב להקים איזה מלון רציני ועממי לציבור, למשוך. אבל מספיק רק שישמעו שהזיהום הוא שם לא פחות ממפרץ חיפה, ואולי יותר מסוכן, מבחינת המסקנה הברורה של הדוח, שמדובר כאן גם על זיהום תחלואתי וגם על תמותה, אני חושב שזה רק יבריא אנשים מערד ולא יביא, וחבל על כל ההשקעות האלה.

אני מבקש מאד מהשר להגנת הסביבה שיעמוד לימין תושבי ערד והסביבה לא לתת להתעשר על חשבון הבריאות והחיים של תושבי הסביבה בכלל, ותושבי ערד בפרט.

(ב) **חה"כ דב חנין, יו"ר ועדת המשנה לבדיקת סוגיות תכנון וסביבה במפרץ חיפה (ועדת משנה לוועדת הפנים והגנת הסביבה בכנסת) העיר:**

כל ערעור על עמדתו המקצועית של הדרג המקצועי של משרד הבריאות הוא חמור, הוא מסוכן. אין לנו שני משרדי בריאות, אין לנו שני משרדי ביטחון ואין לנו 10 משרדי חוץ וגם לא שבעה משרדי הגנת סביבה. ושכל פעם, כשהמשרד הרלבנטי, עמדתו לא נראית למישהו – אז פתאום צריכים חוות דעת נוספת.

אבל בסופו של דבר הוזמנה חוות דעת חיצונית, והוזמן מומחה בינלאומי. אני אישית חשבת שהמהלך הזה הוא מיותר, אבל

המומחה הבינלאומי הוא איש מאד רציני, והוא עשה חוות דעת נוספת, והפלא ופלא, גם חוות הדעת הנוספת באופן חד משמעי אומרת: מכרה בשדה בריר יפגע בבריאות ויהרוג אנשים. אפשר להתווכח על השאלה כמה אנשים, ואפשר להתווכח על השאלה איך עושים את התחשיב, אבל על השורה התחתונה אי אפשר להתווכח. אגב, תושבי ערד טוענים שנתוני המסד שעליהם מתבסס הדוח של המומחה היו נתונים מאוד מאוד מקלים ומתבססים על מכרות פחם ולא על מכרות פוספטים, שהם הרבה הרבה יותר מסוכנים. אבל מה קורה אז? במקום שהממשלה תתעשת ותגייד – אוקיי, גם המומחים שלנו, גם המומחה הבין-לאומי שהוזמן, כולם אומרים – המכרה מסוכן, אסור לכרות שם, מה עושה הממשלה? ממשיכה ומקדמת את המהלך הזה.

(ג) סגנית יו"ר הכנסת לשעבר, חה"כ טלי פלוסקוב, שכיהנה בתפקיד ראשת העיר ערד בעבר, הציגה את נקודת מבטם של תושבי העיר והסביבה, ועמדה על הליקויים הרבים שעמדו בהליך קבלת ההחלטה במועצה (ליקויים שיוצגו בהרחבה בהמשך העתירה):

המון אנשים שואלים אותי, איך דבר כזה מאושר בניגוד לעמדה כל כך נחרצת של משרד הבריאות? כולם באים בטענות לחברי המועצה הארצית שהרימו יד בעד, אבל אני יכולה להגיד שעיקר הבעיה היא שהנתונים שהם קיבלו כנראה לא נכונים.

רבתי, אני הייתי שם במועצה הארצית, בישיבה, והסתכלתי בעיניים של האנשים האלה ואמרתי, האם יש לכם זכות להצביע כאן בעד או נגד החיים של הבן שלי, של הנכד שלי? אני אמרתי את זה לפני שנה במועצה הארצית והם לא הצביעו. הם לא הצביעו, הם פשוט דחו את הדיון כי הם הבינו, כנראה שמדובר פה על משהו הרבה יותר גדול.

אז מה קורה כאן? אני רוצה לספר לכם על כמה עובדות, חמש נקודות. הדבר הראשון הוא חוק אוויר נקי. אומרים בוועדה, שהמכרה עומד בתקן. אז דעו לכם, שזה פשוט לא נכון. חוק אוויר נקי קובע רק כמה זיהום מותר שיהיה, אבל גם איפה צריך למדוד אותו. פה לקחו רק את חצי החוק, לא בדקו את הזיהום איפה קובע החוק אלא בממוצע בערד. בממוצע.

אני רוצה להגיד לכם, אני גרה בשכונה קרובה מאוד לצד של המכרה. כשהנכד שלי יניב מגיע לבקר אותי, לא מעניין אותי מה הממוצע של הזיהום, מעניין אותי רק אם הוא נחשף לזיהום מסוכן או לא. מה אכפת לי הממוצע? אבל גם בוועדות וגם בתקשורת מדברים על הממוצע. ושלא תהיינה אי הבנות, רמת הזיהום בגבול התכנית, איפה

שצריך למדוד את זה, היא מאוד מאוד גבוהה.

עכשיו יש פה עוד עניין. הנתונים האלה שאנחנו מדברים עליהם, פגומים. למועצה הארצית פנו מספר מומחים לאבק והם מזהירים מהדבר הזה שכל הוויכוח של מומחי הבריאות שאנחנו מכירים שנים, מתבסס על נתונים לא נכונים. למשל כתוב שם שעוצמות הרוח אשר נלקחו בחשבון היו נמוכות ולא סבירות והתבססו על נתוני רוח מחודשי הקיץ בהם הרוח באזור הינה בעוצמות החלשות ביותר. אחד מהם אמר בעיתון שאפילו לא התייחסו אליהם. יודעים מה הוא אמר בעיתון? אני מצטטת: האמת והעובדות המדעיות לא ממש מעניינות אף אחד. זה מה שהוא אמר.

עכשיו תגידו לי רבותי, איך יכול להיות שכזאת אזהרה לא זוכה להתייחסות? איך יכול להיות שחברי המועצה שמאשרים אפילו לא יודעים מזה?

(ד) חה"כ גרמן, שרת הבריאות לשעבר, הצביעה על העיוות בסדרי העדיפויות הקיים בבסיס ההחלטה, ועל האבסורד שבמתן בכורה מוחלטת להגנה על הסביבה; כפי שהיא ניתחה בחדות, החלטת המועצה פירושה שבמקרה שבו ניצבו זה מול זה ערך ההגנה על הסביבה וערך ההגנה על חיי אדם ובריאותם, דווקא ההגנה על הסביבה זכתה בבכורה:

צריך להבין שאם בא מומחה בריאות ואומר שיש סכנה לבריאות הציבור, סכנה שעולה על מה שמקובל בעולם – אני משתמשת במילים מאוד מדויקות, לא בומבסטיות – לא יכול להיות שיתעלמו מזה.

ודבר אחרון שאני רוצה לומר זה לגבי "אדם, טבע ודין". "אדם, טבע ודין" מתנגדים מסיבה מזעזעת. לא אכפת להם ערד, או כן אכפת להם. אבל מה שאכפת להם זה נחל עשוש.

...

זה החברה להגנת הטבע? תודה על התיקון, חברי דב חנין. אז החברה להגנת הטבע חוששת שמא אם יבטלו את האתר הזה של שדה בריר, ילכו לאתר הבא שבו יש באמת מצבור גדול של פוספטים.

...

נחל עשוש הוא באמת מקום יפהפה, אני ממליצה לכולם לבקר. אבל דחילאק, בני-אדם לעומת ערכי טבע?

(ה) חה"כ עבד אל חכים חאגי יחיא התייחס להשלכות ההרסניות של ההחלטה על ציבור הבדואים תושבי המקום המוקרבים לטובת אינטרסים כלכליים, למרות קיומן של

חלופות אחרות המאפשרות כרייה :

יש עקרונות. כשאנחנו מדברים על הגנת הסביבה, כבוד השר, אנחנו לא מחפשים להגן על הסביבה כסביבה. ההגנה שלנו על הסביבה היא כדי לשמור על בני-האדם, כאמצעי לשמור על בני-אדם, ולא המטרה היא הסביבה. הבריאות של בני-אדם וחייהם קודמים ליותר רווח או פחות רווח לחברות של כאילו מישהו אחר או אפילו דיבידנדים לממשלה. לכן כשמדברים על כריית הפוספטים במקום הזה, מדברים גם על בני-אדם. יש היישוב אל-פורעה, יישוב בדואי, שיש בו 9,000 תושבים שם.

...

11,000 כבר? התעדכנו. אז אם זה כבר 11,000, זה אנשים – או שאנחנו אומרים להם: אתם עקורים מהבתים שלכם ואנחנו נפנה אתכם, לא יודע איפה...

...

והיום רוצים לעקור אותם כדי שאנשים ירוויחו כסף, כדי להזיק לבני-אדם, ויש עוד יישובים אחרים, ובני-אדם ניזוקו. לכן אני קודם כל מודה לשר הבריאות על העמדה הברורה והחדה שלו. יישר כוח. אני גם מודה לשר להגנת הסביבה. אנחנו גם נמשיך לתמוך בעמדה הזו, ואנחנו נעמוד נגד כריית הפוספטים.

(ו) ולבסוף נביא את דבריו של שר הבריאות (כתוארו אז) חה"כ יעקב ליצמן שאמר בדיון :

אני עקבי, גם בקדנציה הקודמת שלי התנגדתי וגם השרה לפני התנגדה. גם אני מתנגד. אני לא אתן, אני אהפוך עולמות. לא יכול להיות. מה אומרים לי? שהסטטיסטיקה אומרת שזה הורג בן אדם אחד בכמה שנים. אז מה, בן אדם אחד זה כן מותר להרוג? אנחנו הופכים עולמות להציל כל בן אדם, אז בן אדם אחד מותר להרוג?

אני דיברתי כרגע על ערד, אני לא מדבר רק על ערד, יש כסייפה, יש עוד יישוב שם, זה שלושה קילומטרים מערד. זה טירוף מה שעושים כאן. יושבים ודורסים. יש ועדה עליונה, יושבים מחליטים – פ-פ-פ – לא מסתכלים.

82. על-אף דברים אלה, אישרה המועצה הארצית את תוכנית תמ"א 14/ב ובמסגרתה החלטה על העדפת הכרייה בשדה בריר על פני בחינה מעמיקה ויסודית של חלופות כרייה אחרות.

9.ב קידומה של תכנית מפורטת ותסקיר חדש – ללא ביטולה של החלטת המועצה הארצית

83. ביום 18.1.2016 נפגשו שר הבריאות (כתוארו אז) והשר להגנת הסביבה דאז. לאחר פגישתם הודיעו השרים על החלטתם המשותפת כי "יוכן תסקיר חדש לתכנית שדה בריר". כך נכתב בהודעת דובר המשרד להגנת הסביבה:

**לאור החלטת המועצה הארצית לתכנון ובנייה הוחלט כי לפני קידום של התכנית המפורטת של שדה בריר יוכן תסקיר השפעה על הסביבה חדש שלא יתבסס על נתונים ומחקרי עבר אלא מ'אפס'.
כתיבת ההנחיות לתסקיר החדש תעשה על ידי צוות משותף של משרד הבריאות והמשרד להגנת הסביבה. התסקיר עצמו יוכן על ידי הממשלה ולא על ידי היזם, כפי שנהוג בד"כ.**

ראו הודעת דובר המשרד להגנת הסביבה אשר נצפתה לאחרונה ביום 25.6.2018:

<http://www.sviva.gov.il/InfoServices/NewsAndEvents/MessageDoverAndNews/Pages/2016/January2016/Env-Impact-Survey.aspx>

84. הסכמת השרים הנ"ל באה לביטוי בהחלטת המועצה הארצית מיום 5.12.2017 על הכנת תמ"א מפורטת מחצבת שדה בריר. סעיפים 6-7 להחלטה קובעים, כי:

**6. התכנית תלווה בתסקיר השפעה על הסביבה, כמוגדר בתקנות התכנון והבניה. התסקיר יוכן על ידי המדינה.
7. המועצה הארצית מורה ליועץ הסביבתי להכין הנחיות לעריכת תסקיר השפעה על הסביבה, בהתאם להצהרת היועץ הסביבתי בפני המועצה, ההנחיות תגובשנה בהתייעצות עם משרד הבריאות.**

85. החלטה זו חשובה לעניינה של עתירה זו, שכן היא מצביעה על ההכרה של המועצה בכך שהתסקיר עליו נסמכה המועצה הארצית בהחלטה הנדונה בעתירה זו אינו תקף עוד. כך למעשה, מודה המועצה הארצית - עוד טרם פרסומה ברשומות של תמ"א 14/ב הנדונה בעתירה זו - כי התסקיר עליו נסמכו ההמלצות השונות התומכות באימוץ מסמך המדיניות ואישורן של הוראות תמ"א 14/ב בנושא, אינו רלוונטי עוד וכי עולה הצורך בהכנתו של תסקיר חדש "מאפס", על-ידי המדינה ולא על-ידי היזם ותוך התייעצות עם משרד הבריאות.

86. למרבה הפליאה, כך הילכה המועצה הארצית בענייננו: תחילה, היא אימצה את מסמך המדיניות אשר נסמך באופן מובהק על תסקיר ההשפעה על הסביבה שהוכן על-ידי היזם. בהמשך, המלצות מסמך המדיניות אשר כוללות התייחסות להיבטים סביבתיים המבוססים על התסקיר קודם נכללו במסגרת תמ"א 14/ב. ולבסוף, מחליטה המועצה הארצית על עריכתו של

תסקיר חדש שיערך על-ידי גורמי השלטון בשיתוף משרד הבריאות וזאת ללא ביטולה של ההחלטה הנדונה בעתירה זו, אשר נסמכה באופן מובהק על התסקיר הקודם שעל-פי המועצה הארצית עצמה, אינו רלוונטי עוד.

נדגיש, כי אימוץ מסמך המדיניות והכללת ההמלצות המובאות בו במסגרתה של תמ"א 14/ב הובילה לזניחת בחינתן של חלופות אחרות המצויות במרחק רב מישובים מאוכלסים ולא־אימוץ חלופת זוהר דרום כחלופה המועדפת לכריית פוספט על לשנת היעד 2045.

87. מהלך זה אף העלה את חרונו של סגן שר הבריאות. ביום 6.2.2018 (לאחר קבלת החלטת המועצה הארצית הנדונה בעתירה זו) התבטא סגן שר הבריאות בחריפות ביחס "למחטף בניגוד להבטחות שניתנו" בעודו מתייחס להחלטת המועצה הארצית לאשר את הכרייה במרבץ זוהר דרום על בסיס נתונים שמקורם בתסקיר שאינו רלוונטי עוד ולפני עריכתו של תסקיר חדש כפי שסוכם בינו, בתפקידו כשר הבריאות (לשעבר), לבין השר להגנת הסביבה. ראו דבריו של סגן שר הבריאות בעמ' 4 לפרוטוקול ועדת הכלכלה מיום 6.2.2018:

סגן שר הבריאות יעקב ליצמן:

...

אני סגן שר הבריאות, הממונה על הבריאות. הייתי שר, סגן שר, לא משנה כרגע. אני אחראי על הבריאות. אני לא מתערב בחוץ וביטחון, זה לא העסק שלי, אני לא מתערב בדברים אחרים שלא שייכים שלי. בריאות זה שלי, אני אחראי.

הכרייה בשדה בריר מזיקה לאנשים והורגת אנשים. אפשר לצטט אותי. עוד מעט גם אגבה את עצמי. תפקידי כשר, כסגן שר, להתריע ולצעוק, לעשות כל שניתן כדי למנוע נזק לבריאות של אנשים.

לכל מה שאמרת, אדוני היושב-ראש, אני מסכים, אבל במסקנות אגיד לך על מה אני חולק. הם עשו מחטף והעבירו את זה בניגוד להבטחות שניתנו.

ובעמ' 5 לפרוטוקול הדיון בוועדת הכלכלה מיום 6.2.2018:

סגן שר הבריאות יעקב ליצמן:

...

רבתי, עשינו תסקיר כבר פעם אחת, ולא אני, שרת הבריאות הקודמת עשתה את זה. בתסקיר הקודם לקחנו גורם בין-לאומי מחוץ לארץ. הוא אמר שהתקן שמותר לעשות כריות הוא 1/10,000, ובמקום הזה זה 6.6/10,000, פי שש. איך אפשר לעבור על זה לסדר היום? לא מעניין אותי כסף, לא מעניין אותי ביזנס, לא מעניין אותי שום דבר, לא מעניין אותי אף אחד שיעשה כאן בלגן. אני אעשה את הבלגן הכי

גדול. זה נוגע לבריאות של אנשים ולא מעניין אותי בדואים, לא מעניין אותי ערבים, לא מעניין אותי חרדים, לא מעניין אותי חילונים ולא מעניין אותי אף אחד. אני אעמוד בראש חץ בעניין הזה.

לכן הוועדה צריכה להגיע למסקנות ברורות היום. את ההצגה של הבדיקה, מי שרוצה, אפשר להמציא לכם אחר כך, לא הכנתי את זה לכולם, אבל ברור שאלו הן המסקנות. 6.6/10,000, כאשר התקן הוא 1/10,000. אני פונה אל הוועדה, אני מבקש שאחת המסקנות תהיה שלא עושים כלום עד שלא מקיימים את ההחלטות.

...

אני מניח שזה יגיע לממשלה, יכול להיות שמהר מאוד. ההחלטה היום צריכה להיות חד וחלק, חד וחלק: קודם כול לבטל את ההחלטה של ועדת התכנון, ואחר כך נדבר על התסקיר.

רצ"ב כנספח לב' פרוקטוקול מס' 686 מישיבת ועדת הכלכלה, יום שלישי, כ"א בשבט התשע"ח (6 בפברואר 2018), שעה 30: 14.

88. אך למרות הדברים האמורים, החלטתה של המועצה הארצית לתכנון ולבנייה הנדונה במסגרתה של עתירה זו קיבלה את אישורה של ממשלת ישראל ופורסמה ברשומות.

89. כך, החלטה שהתקבלה על בסיס תסקיר שאינו רלוונטי עוד - לשיטתה של המועצה הארצית - משפיעה על הליכי התכנון העתידיים בלא שתידרש המועצה הארצית למוכן מאליו והוא ביטול ההחלטה שהתקבלה זה מקרוב הנסמכת על התסקיר אשר לשיטתה של המועצה הארצית עצמה אינו תקף ויש לגבש במקומו תסקיר חדש שיבוצע על-ידי גורמי השלטון בשיתוף משרד הבריאות.

90. עם זאת חשוב להדגיש, כי התסקיר החדש אינו מרפא את הפגמים שנפלו בעריכת התסקיר הישן ואשר עליו נסמך תהליך אישור מסמך המדיניות ותמ"א/14. זאת, בין היתר, מהטעמים הבאים:

(א) בחינת החלופות שבוצעה במסגרת תמ"א/14' סימנה את מרבץ זוהר דרום (הכולל את אתר שדה בריר) כאתר הכרייה הנבחר על פני חלופות הכרייה האחרות המצויות בערבה ובנגב. התסקיר החדש נוגע אך ורק לאתר שדה בריר ובמסגרתו לא ישובו ויבחנו החלופות האחרות. סוגיה זו הובהרה על ידי יועצת מינהל התכנון, גב' עליזה רפפורט, במסגרת הדיונים אל מול החוקר, כדלקמן:

רגע אחד, הנושאים שעולים כל הזמן זה הנושא של בחינת החלופות. אז אני אומרת שבחינת החלופות כבר נעשתה. זה --- (כך במקור-א.מ.) של החלופות ולכן בעצם אחרי הבדיקה הסביבתית שנעשתה עם כל

החומרים שהיו ידועים ש---את העבודה הזאת, כל התסקיר שנעשה וכל חוות הדעת שהוכנו על ידי יועצים גם של היזמים וגם של משרד הבריאות ושל כולם, בסיכומו של דבר, בעבודה מאוד שיטתית בעצם הוחלט שאתר זה דרום שכולל גם את שדה בריר, שזה אתר גדול מאוד, יהיה האתר המרכזי.

רצ"ב כנספח לג' תמליל הדיון בפני החוקר מיום 27.10.2016.

(ב) התכנית המפורטת נוגעת רק לאתר הכרייה של שדה בריר, המהווה כאמור רק כמחצית משטח הכרייה העתידי של זוהר דרום. בהתאם לכך, גם התסקיר העתידי יתייחס רק לשטח זה ולא לשטח הכרייה בכללותו או לחלופות הכרייה האחרות המצויות במרחק רב מהאוכלוסיה.

(ג) תמ"א 14/ב קבעה מתודה, לפיה די בעמידה בערכי הסביבה כדי לאשר תכנית עתידית. זאת, בניגוד לעמדתו החד משמעית של משרד הבריאות, שטען כי התכנית צריכה לעמוד בערכי היעד המחמירים יותר. כמפורט בהרחבה להלן, מתודה זו מבוססת על פרשנות משפטית שגויה של חוק אוויר נקי. פרשנות שגויה זו תמשיך ותנחה את עריכת התסקיר החדש, כפי שאישר השר להגנת הסביבה דאז, מר אבי גבאי, בראיון לתכנית סדר יום ברשת ב' מיום 20.1.016:

מבחינת המשרד להגנת הסביבה אין ספק שתוספת זיהום האוויר שהיא 0.2 מיקרוגרם, לא יוצרת מצב שזה מעבר לחוק. בסדר? לכן, ההחלטה נשארת. נקודה!

כלומר, אם תוצאות התסקיר החדש יעמדו במדד "ערכי הסביבה" ולא בזה של "ערכי היעד", אזי נחזור לנקודת המוצא, לפיה מבחינת המשרד להגנת הסביבה מדובר בפרויקט שניתן לאשרו ומבחינת משרד הבריאות בפרויקט מסכן חיים ובריאות שאינו עומד בהוראות חוק אוויר נקי.

חשוב להדגיש, כי החלטת המועצה הארצית על חובת ההתייעצות עם משרד הבריאות במסגרת גיבוש ההנחיות לעריכת התסקיר, אינה מעלה או מורידה לעניין זה ומותירה את המחלוקת בעינה. יתרה מכך, משרד הבריאות חוזר מזה שנים ובקול רם וברור על עמדתו כי אין להקים מכרה פוספטים בשדה בריר. עמדה זו שבה ונדחתה על ידי המשרד להגנת הסביבה, המועצה הארצית וממשלת ישראל. קביעת חובת היוועצות בשלב זה הינה בבחינת לעג לרש, ונדמה שעיקרה הוא השתקת משרד הבריאות והמחאה הציבורית בנושא ולא מתן מענה אמיתי לאזהרות לגופן.

91. אם כן, עריכת תסקיר חדש במסגרת התוכנית המפורטת, שיעסוק רק בחלק משטח הכרייה, על בסיס פרשנת שגויה של חוק אוויר נקי ומבלי לבחון אתרי כרייה חלופיים, אינה מהווה בשורה חדשה ולא נותנת מענה לפגיעה הצפויה בחייהם ובבריאותם של תושבי האזור.

92. החלטה זו על עריכתו של תסקיר חדש גם אינה יכולה להוות כל מענה לטענות המהותיות העולות בעתירה זו ביחס לאישורן של הוראות תמ"א 14/ב, ואינה יכולה לסייע לאישור בדיעבד של הוראות אלה, שכן אלה התקבלו על בסיס התסקיר הקודם שהמועצה הארצית עצמה הצהירה כי אינו תקף עוד. לפיכך, כפי שיובהר בהמשך, יש להורות על ביטולן של הוראות אלה והחזרת ההחלטה למועצה הארצית לצורך בחינת הנושא באופן ראוי על בסיס עובדתי מוצק ועדכני.

ג. הטיעון המשפטי

1. נקודת המוצא – ביקורת שיפוטית על החלטת המועצה הארצית וסדר

הטיעון

93. בעתירה זו אנו מעמידים לביקורתו של בית המשפט הנכבד את החלטתה של המועצה הארצית לתכנון ולבניה בדבר אישורה של תמ"א 14/ב אשר פורסמה בילקוט הפרסומים מספר 7752 ביום 8.4.18.

94. נקודת המוצא הנורמטיבית בעניין זה בוארה בבג"ץ 7737/14 עיריית יוקנעם נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה (פורסם בנבו; 22.12.15) (להלן: "עניין יוקנעם") בפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן (בפסקה 42 לפסק דינו):

הלכה מושרשת עמנו היא כי בית משפט זה אינו "מתכנן על" ולא ישים את שיקול דעתו תחת שיקול דעתם המקצועי של מוסדות התכנון הפועלים על פי חוק. לפיכך, התערבות בהחלטות מוסדות התכנון תיעשה במשורה, ורק באותם מקרים שבהם יתברר כי נפל פגם מהותי במעשה המינהלי כגון חוסר תום לב, ניגוד עניינים, משוא פנים או אם יימצא כי ההחלטה התכנונית שהתקבלה בסופו של דבר היא בלתי סבירה באופן קיצוני [...]. כך בכלל, וביתר שאת כשמדובר בהחלטת המועצה הארצית לתכנון ולבניה, היא מוסד התכנון העליון, במליאתה [ההדגשות הוספו].

95. כפי שנראה להלן אכן נפלו כמה וכמה פגמים מהותיים ביותר בהחלטת המועצה הנוגעים הן בשיקול דעתה לגופו והן בתשתית שעמדה נגד עיניה. כל אלה מצדיקים את התערבותו של בית המשפט הנכבד. כך:

(א) המועצה לא ייחסה, בכל הכבוד, את המשקל הראוי לעמדת משרד הבריאות, שהתריע באופן חד משמעי על כך שההחלטה חוצה קו אדום מבחינת הסיכון לחיי אדם ולבריאות תושבי ערד, כסייפה והפזורה הבדואית במקום.

(ב) היא נמנעה מלבחון כהלכה חלופות שונות לקידום היעדים התכנוניים באזורים אחרים כך שתצומצם משמעותית הפגיעה בחיים ובבריאות ואף תאווין לחלוטין. כאן ניכר הפער העצום בין ההליך הסדור של בחינת חלופות שהתנהל בעניין **יקנעם** לבין ענייננו שלנו.

(ג) בכך היא הפרה, בכל הכבוד, הן את החובה (השלילית) להימנע מפגיעה בחיים ובבריאות והן את החובה (החיובית) להגן על החיים ועל הבריאות.

(ד) עוד הפרה את עקרון הזהירות המונעת באופן שיבואר להלן.

(ה) המועצה שגתה משפטית שעה שגיבשה מתודה מקצועית לפיה ניתן להצדיק את הפגיעה בחיים ובבריאות תוך הישענות דווקא על חוק אוויר נקי מכל החוקים כולם(!). כפי שנראה להלן, לשיטתה, די בעמידה של התוכנית בסטנדרט הנמוך של ערכי הסביבה שבחוק כדי שניתן יהיה לאשר פרויקט עתידי ללא התחשבות נאותה בסטנדרט הגבוה של ערכי היעד שבו ובאפשרות קיומן של חלופות אחרות. בכך פטרה עצמה למעשה מבחינת חלופות אחרות שאינן חוצות את אותו קו אדום שהעמיד משרד הבריאות, תוך שהטתה את המשקל בעד חלופת זוהר דרום.

מתודה זו שאימצה המועצה הארצית עומדת בניגוד גמור לתכלית החוק ומפרה אותו; היא מפרה עוד בעליל את החובה החוקתית המוטלת עליה לשקול בתום לב וביסודיות חלופות הפוגעות פחות בחיים ובבריאות, ואת עקרון הזהירות המונעת. חובה זו לא יכולה להתנדף כלא הייתה בגין עמידה נטענת בערכי הסביבה שבחוק אוויר נקי. אם קיימות חלופות פוטנציאליות המצמצמות סיכון לחיים ולבריאות באופן ממשי, מוטלת חובה לבחון אותן באופן יסודי וראוי ואין להסתפק במידע החלקי המצוי בגינן, במיוחד שעה שמשרד הבריאות, האחראי על בריאות הציבור במדינת ישראל, מתריע כי התוכנית הקיימת חוצה במובהק קווים אדומים של סיכון לחיים ולבריאות. כפי שנראה להלן, חלופות אלה קיימות גם קיימות, ומכל מקום, המועצה לא עמדה בנטל המוטל עליה להראות כי אין הן קיימות או כי יש לדחותן וזאת לאחר בירור יסודי של העובדות ולא, כפי שנראה, תוך הסתמכות על מידע חלקי הן ביחס להיקף העתודות הקיימות והן ביחס לאיכות והיקף החומר הקיים באתרי הכרייה האחרים שיש בהם כדי להוות חלופות ממשיות לכרייה בקרבת ישובים המונים כ- 55,000 תושבים.

המועצה הארצית נמנעה מגיבוש סדר עדיפויות לכרייה לפיו תחילה היא תתבצע באזורים שאינם מאוכלסים ורק אחר כך, ואם יהיה בכך צורך, תישקל האפשרות לכתות באזורים המאוכלסים. למעשה, היא בחרה להאיץ את הכרייה באזורים המאוכלסים דווקא, תוך סיכון התושבים באופן בלתי סביר, ובלתי חוקתי. על רקע זה היא גזרה גם צו פינוי על אלפי בדואים, אזרחי המדינה, שייאלצו להיעקר מאדמתם בניגוד לרצונם, על כל ההשלכות האישיות והציבוריות הנלוות לעקירה זו.

(ו) ואת כל אלה עשתה המועצה על בסיס **תשתית עובדתית לקויה ביותר** :

(1) היא קיבלה החלטה על בסיס **תשתית מוטא**, הנשענת על נתונים שהתקבלו על-ידי מומחה שמממן היזם המעוניין בקידום הפרויקט, ולא מצד גורם בלתי תלוי; ויודגש גם על בסיס נתונים אלה הגיע משרד הבריאות למסקנה כי נחצה קו אדום שאין להשלים עמו.

המועצה הנכבדה התעלמה לחלוטין מהתראות של טובי המומחים בארץ לפיהן המודלים העומדים בבסיס תסקיר הסביבה אינם ראויים, ואינם מתאימים כלל לבחינה אמיתית של סיכונים הנובעים מכריית הפוספטים. היא התעלמה גם מהתראות של המומחה הבינלאומי הבלתי תלוי שמשרד הבריאות התקשר עמו, שהציע לסייע בגיבוש תסקירים ראויים שיבוצעו על ידי אנשי מקצוע באופן שיסיר את החשש מהטיות.

(2) היא קיבלה החלטה על בסיס **תשתית חסרה**: לא נבחנה(!) ההשפעה הבריאותית של החלופות שנבחנו, וחלק מהחלופות, שבהן הסיכון הבריאותי מצומצם ואף זניח לא נבחנו כלל.

(3) היא קיבלה החלטה על בסיס **תשתית לקויה**: בכל הנוגע לסיכון לחיים, הרי שנלקחו בחשבון סיכונים הנוגעים דווקא לעלייה בתאונות דרכים כתוצאה מהעלייה הצפויה בנסיעות המשאיות המובילות את הפוספטים, ללא כל התחשבות בעובדה כי את העלייה הזו ניתן לצמצם על ידי השקעה בתשתיות או בחיוב היזם להקים מפעל בשדה הכרייה עצמו. לעומת זאת, לא נבחן הסיכון הבריאותי על בסיס דרישות משרד הבריאות.

96. הנה כי כן, בעתירה דנא אין אנו מעלים טענות לפגמים מקצועיים תכנוניים כלליים, אלא אנו טוענים לפגיעה חוקתית בלתי ראויה ולטעויות משפטיות קשות בעלות השלכות רחב בלתי קבילות.

על רקע מכלול הטיעונים המשפטיים מתחייבת המסקנה כי יש לערוך ביקורת שיפוטית של ההחלטה כבר כעת ואין להמתין להשלמתה של התוכנית המפורטת בשדה בריר וזאת גם בשל העובדה כי תמ"א 14/ב העומדת לבחינה במסגרתה של עתירה זו אושרה ופורסמה ברשומות והיא עניין מוגמר מבחינה תכנונית.

ג.2 מכלול הנתונים מצדיק את התערבותו של בית המשפט הנכבד כבר בשלב זה – אין להמתין להשלמתה של התוכנית המפורטת

97. עמדת העותרים היא כי העתירה מעלה שאלה משפטית ובעיה משפטית הראויות לדיון, התמודדות והכרעה כבר עתה וזאת נוכח השלכותיה שיבוארו להלן.

98. כאמור, בעתירה זו אנו מעמידים לביקורתנו של בית המשפט הנכבד החלטה סופית של המועצה הארצית לתכנון ולבניה בדבר אישורה של תמ"א 14/ב אשר פורסמה בילקוט הפרסומים מספר 7752 ביום 8.4.18. מבחינה משפטית-תכנונית, תמ"א 14/ב היא דבר מוגמר אשר הדרך היחידה העומדת בפני העותרים לבטלה היא בהבאתה לבחינתו של בית המשפט הנכבד.

99. המקרה שלפנינו הוא מקרה בו המהלך התכנוני מתבצע "מלמעלה למטה", והחלטת המועצה משליכה על הליכי התכנון הנגזרים ממנה. לא מדובר במהלך המתבצע "מלמטה למעלה", בו מוסדות התכנון הנמוכים יותר יוצרים את התשתית שתוכרע בסופו של יום במועצה הארצית. **המועצה הארצית קיבלה הכרעות משפטיות ועובדתיות המשפיעות על המשך ההליך התכנוני כולו ובמיוחד על התוכנית המפורטת המקודמת בימים אלה הנגזרת מהוראותיה של תמ"א 14/ב הנדונות בעתירה זו. מבחינה זו נפל דבר בעולם הנורמטיבי התכנוני בשני מובנים בסיסיים:**

(א) המועצה הארצית הכריעה כי במידה והתוכנית עומדת בערכי הסביבה שבחוק אוויר נקי ניתן לאשרה, ללא בחינה של חלופות גיאוגרפיות אחרות המצמצמות את הסיכון לבריאות או המאיינות אותו לחלוטין. בכך, הוכרעה המחלוקת הקשה בין משרד הבריאות למשרד להגנת הסביבה ללא דיון מעמיק ורציני, וללא בחינת היועץ המשפטי לממשלה.

בטיעון המשפטי להלן נראה כיצד החלטה עקרונית זו שגויה משפטית מכל בחינה שהיא: מבחינות החובות החוקתיות המוטלות על גורמי התכנון ומבחינת עקרון הזהירות המונעת; עוד נראה כיצד היא נשענת על בסיס משפטי פרשני שגוי בעליל של חוק אוויר נקי עצמו.

אלא ששגגה משפטית זו יוצרת מתודה המקרינה על הליכי התכנון העתידיים כולם. טלו למשל את תסקיר ההשפעה על הסביבה שיערך כעת במסגרתה של התוכנית המפורטת. תסקיר זה יבחן לאורה של העמדה המקצועית של המועצה הארצית. אם הוא יעלה תוצאות שנופלות מערכי הסביבה שבחוק אוויר נקי – דינו אומרת המועצה, ואין צורך לבחון חלופות כלשהן המסכנות פחות את החיים או את הבריאות. כל ניסיון לטעון אחרת במסגרת ההליכים העתידיים יידחה לאור ההכרעה שכבר הכריעה המועצה הארצית בנושא, והלוא היא הגוף המתכנן העליון. שגגה משפטית זו תקרין גם על הליכי התכנון הפרטניים באזורים אחרים במסגרת התוכנית הארצית – והשלכות הרחב שלה הן מרחיקות לכת בכל קנה מידה.

(ב) לאור החלטת המועצה נשלל הצורך בבחינת חלופות ואכן בחינה שכזו לא תיערך, בניגוד לדין החוקתי, לעקרון הזהירות המונעת, לחוק אוויר נקי ולדיני התכנון והבנייה. גם התסקיר שמיועד להיערך במסגרת התוכנית המפורטת ייעשה בשדה בריר בלבד. לא תתקיים בדיקת חלופות נאותה וראויה כעמדת משרד הבריאות, הבוחנת את החלופות השונות לאור השיקול הבריאותי, וממצה את הבדיקה של האפשרות לכרות את

הפוספטים באתרים אחרים, המרוחקים מריכוזי אוכלוסין, תוך בחינה נאותה של הפוטנציאל הטמון בהם. בנוסף, לא ייקבעו סדרי עדיפויות לכרייה תחילה באזורים שאינם מאוכלסים; להפך – כפי שנראה בהמשך משמעות החלטת המועצה היא כי יש עדיפות לכרות תחילה דווקא בשדה בריר עצמו, תוך סיכון התושבים במקום.

לפיכך, אם תעלה טענה בהמשך כי אין לכרות בשדה בריר, ויש לבצע ניתוח חלופות ראוי לשמו, יעמוד בפני טענה זו מחסום ולפיו הנושא כולו כבר נדון והוכרע בהחלטת המועצה הארצית לאשר את תוכנית תמ"א 14/ב.

100. בענייננו, הדיון המקצועי וההכרעה הנורמטיבית באשר לבחירה בשדה בריר כבר התקיים והוכרע במסגרת תמ"א 14/ב. גורמי התכנון מחויבים להכרעה זו, ולא יסוו ממנה. כך גם המועצה הארצית עצמה בקידומה את התוכנית המפורטת הנגזרת בהוראותיה של תמ"א 14/ב בעניין. דווקא הימנעות מבדיקת ההכרעה הזאת עלולה לפגוע באופן ניכר באינטרס הציבורי ולהוביל לבזבוז משאבים אדיר.

זה אמור להיות, למעשה, האינטרס הברור של המשיבים השונים: הן של המדינה המשקיעה תעצומות רגולטוריות וכלכליות והן של היזם שאמור להתנהל בסביבה של ודאות גבוהה יותר בניהול ענייניו ותכניותיו.

101. לצד האמור, נבקש להפנות את בית המשפט הנכבד לבשג"ץ 2905/18 **המועצה האזורית מטה אשר ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'** (ניתן ביום 22.4.2018) (להלן: "**בשג"ץ המועצה האזורית מטה אשר**"). במסגרתו של הליך זה הוגשה לבית המשפט "בקשה להארכת מועד להגשת עתירה למתן צו על תנאי" אשר נכללה בה בקשה "להאריך את המועד להגשת עתירה לצו על תנאי כנגד הכללת והרחבת מחצבת אשרת (אתרים 204 א ו- 204 ב) במסגרת תמ"א 14/ב – "תוכנית מתאר ארצית לכרייה וחציבה של חומרי גלם לבניה ולסלילה" למועד שיהא עד 45 יום לאחר מועד אישורה של תוכנית המתאר הארצית המפורטת (מכוחה ניתן להוציא היתרים) לאתר מחצבת אשרת (אתרים מס' 204 א ו- 204 ב) (להלן יחדיו – "**מחצבת אשרת**") (ראו עמ' 1 לבשג"ץ המועצה האזורית מטה אשר).

רצ"ב כנספח לד' בקשה להארכת מועד להגשת עתירה למתן צו על תנאי אשר הוגשה במסגרת בשג"ץ 2905/18 **המועצה האזורית מטה אשר ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'.**

102. במענה לבקשה האמורה כתב עו"ד עמרי אפשטיין, סגן בכיר אי' (בפועל) במחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה (להלן: "**תגובת המדינה לבשג"ץ 2905/18**"), כך:

2. תמ"א 14 ב "תוכנית מתאר ארצית לכרייה וחציבה" (להלן: תמ"א 14 ב) אושרה על ידי קבינט הדיור ביום 5.3.18 וקיבלה תוקף של החלטת ממשלה.

...

בהתייחס למחצבת אשרת, קובעת תמ"א 14ב, כי תכנונה של זו תיעשה במסגרת תכנית מתאר ארצית מפורטת (נספח ב' להוראות תמ"א 14ב).

3. ביום 5.12.17 הורתה המועצה הארצית לתכנון ובניה על הכנת תכנית מתאר ארצית מפורטת כאמור למחצבת אשרת מזרח (להלן: התוכנית המפורטת).

...

המדובר אפוא בהליך תכנוני נפרד, שמטיבו וטבעו יארך זמן לא מבוטל ואשר במסגרתו יבחנו כלל ההיבטים הרלבנטיים להקמתה של מחצבה בשטח שנשמר לכך בתמ"א 14ב.

4. נוכח כל האמור, ככל שלמרשיך טענות כלשהן בעניינה של תמ"א 14ב, שכאמור אושרה לאחרונה, עליהם להגיש עתירה בעניינן ללא דיחוי; והמדינה מתנגדת למתן ארכה להגשתה של עתירה בעניינה של תמ"א 14ב עד לאחר אישורה של תוכנית מתאר ארצית מפורטת לאתר מחצבת אשרת, כמבוקש על-ידי. קרי, ככל שלא תוגש במועד קרוב עתירה בעניין טענות אלה – המדינה שומרת לעצמה את הזכות להעלות טענות שיהיו, ככל שהדבר נוגע לטענות בעניינה של תמ"א 14ב.

5. בצד האמור ומבלי לגרוע מהאמור לעיל, לא למוותר לציין, כי ככל שתאושר בעתיד תוכנית מתאר ארצית מפורטת בעניין מחצבת אשרת, עומדת למרשיך הזכות להגיש עתירה בעניינה של תכנית מתאר ארצית מפורטת זו, וזאת בסמוך לאחר אישורה של תוכנית זו (היה ותאושר כאמור).

רצ"ב כנספח לה' מכתבו של עו"ד עמרי אפשטיין, סגן בכיר א' (בפועל) במחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, בתגובה לבקשה שהוגשה בבשג"ץ 2905/18.

103. מהאמור בתגובת המדינה בבשג"ץ 2905/18 עולה, כי אף המשיבות המדינה מודעות לכך שתמ"א 14ב הינה תוכנית העומדת בפני עצמה ואישורה הסופי ניתן לתקיפה במסגרתו של הליך זה. המדינה עצמה מאיצה במבקשים בבשג"ץ 2905/18 להגיש עתירה "ללא דיחוי" אם קיימות בפייהם טענות בעניינה של תמ"א 14ב והיא אף "שומרת לעצמה את הזכות להעלות טענות שיהיו" בעתיד אם עתירה כאמור לא תוגש כעת.

104. ואכן, דברים ברוח זו אף נכללו בהחלטתה של כבוד הרשמת בנמלך בבשג"ץ 2905/18 מיום 22.4.2018. ראו עיקרי הדברים להלן:

המבקשים עותרים למתן ארכה להגשת עתירה לבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק.

ככלל לא קבוע מועד בדין להגשת עתירה כאמור, כך שאין מדובר למעשה בבקשת ארכה, אלא שבקשתם של המבקשים מכוונת לכך שתישמר בידם הזכות להגיש עתירה בשלב מאוחר יותר (לאחר השלמת כל הליכי התכנון) - לדבריהם ייתכן והגשת העתירה תתייתר - מבלי שהמשיבות תעלינה כנגדם טענת שיהוי.

נראה כי מבוקשם של המבקשים הוא אפוא מעין הכרעה מקדמית ("פרה-רולינג") בשאלת השיהוי או בשאלה האם מדובר בשלב זה בעתירה מוקדמת. ואולם, הליך מקדמי כזה אינו קבוע בדין ואף אינו עולה בקנה אחד עם סדרי הדין הנוהגים בבית משפט זה.

משכך, ומבלי להביע עמדה ביחס למחלוקות בין המבקשים למשיבות לגופן, אין מקום ליתן את הסעד המבוקש בבקשה זו, והמבקשים יעשו אפוא כחוכמתם.

105. על רקע כל אלה אנו קוראים לבית המשפט הנכבד להיכנס לעובי הקורה כבר כעת, ולא להמתין לסיומו של הליך תכנונה של התוכנית המפורטת המקודמת בשדה בריר כנגזרת מתמ"א 14/ב שכן מדובר בהליכי תכנון נפרדים אשר עומדים בפני עצמם - גם אם תעלה טענה כאמור על-ידי מי מהמשיבים.

106. לתפיסתנו, הסוגיות המשפטיות היסודיות העומדת על הפרק במסגרתה של עתירה זו ראויות לבחינה כבר כעת, ויש להסדיר את כללי המשחק התכנוניים כך שהכול ידעו כיצד לכוון התנהלותם מכאן ולהבא.

107. ומכאן נעבור לטיעון המשפטי לגופו.

ג. הזכות לחיים והזכות לבריאות

ג.3(א) ניתוח כללי: הרגישות לחיי האדם ובריאותו

108. נקודת הפתיחה של הניתוח המשפטי שלנו מצויה בזכות לחיים ובזכות לבריאות, החולשות על הסוגיה כולה. תחילה נבחן אותן באופן כללי, ולאחר מכן נעמוד על מאפייניהן הקונקרטיים ביחס לכרייה בשדה-בריר.

109. בית-המשפט הנכבד קבע כי הזכות לחיים היא "זכות חוקתית בסיסית, הנתונה לכל אדם בישראל" (רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (קטין) על ידי הוריו ואפוטרופסיו הטבעיים, פ"ד נא(4) 830, 848 (1997) (להלן: "עניין פלוני"). מקומה של זכות זו בפנתאון

הזכויות מתחייב במדינה יהודית ודמוקרטית נוכח מחויבותה של מדינת ישראל לערכי יסוד יהודיים. כפי שציין כבוד השופט (כתוארו אז) אור (שם, בעמ' 849):

גם לפני שנחקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, היה ערך זה של קדושת החיים שלוב בשיטת המשפט הישראלית, אשר ינקה אותו מערכי היסוד של היהדות. עמד על כך השופט זילברג בע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ ואח' נ' מזיאר [10], בקובעו כי (בעמ' 1333):

"היהדות, מאז ומעולם, מאדירה ומפארת את הערך הכביר של חיי אנוש. תורת ישראל אינה שיטה פילוסופית של דעות ואמונות, אלא תורת חיים – של החיים, ולמען החיים...

...תוך המסגרת הסדירה של חיי החברה, ועל-פי סולם העדיפויות של תורת ישראל, החיים הם הנכס הקדוש ביותר...".

ובאופן דומה, מציין המשנה לנשיא, השופט אלון, בעניין שפר [1] כי:

"בצלם אלוקים ברא את האדם" – הוא היסוד העיוני, הפילוסופי, לגישתו המיוחדת של המשפט העברי בדבר הערך העליון של קדושת חיי האדם – של קדושת צלם האלוקים שבו נברא האדם... (בעמ' 117) [ההדגשות במקור]

110. כך באופן כללי, ועוד יותר כך לאחר חקיקת חוקי היסוד החדשים. כיום, כידוע, הזכות לחיים עומדת במרכזו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המטיל שני סוגים של חובות (ראו אצל אהרן ברק פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית 365 (תשנ"ד) (להלן: "פרשנות חוקתית")):

(א) חובה שלילית – חובת הימנעות מפגיעה המעוגנת בסעיף 2 של חוק היסוד הקובע:

2. שמירה על החיים הגוף, והכבוד

אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.

(ב) חובת חיובית – חובת עשה, הבאה להגן על החיים, המעוגנת בסעיף 4 של חוק היסוד הקובע:

4. הגנה על החיים, הגוף והכבוד

כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו

זהו "ההיבט החוקתי של החובה להפעיל שיקול דעת" המוטל על הרשות המינהלית (ראו אצל דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 216 (כרך ראשון, תש"ע) (להלן: ברק-ארז, משפט מינהלי);

לעיגונים נוספים של הזכות לחיים בפסיקתו של בית המשפט הנכבד ראו אצל אהרן ברק **כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה** 107–108 ה"ש 2 (כרך א, 2014);

111. אלה הם שני עמודי התווך – הבועז והיכין של חוק היסוד. החובה להימנע מפגיעה והחובה להגן משלימות זו את זו. בית המשפט הנכבד עמד על כך במפורש בבג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 478, 464 (2005)**:

שני ההיבטים (ה"שילי" (הפסיבי) וה"חיובי" (האקטיבי)) הם חלקים שונים מן השלם, שהוא הזכות החוקתית לכבוד. שניהם נובעים מפירושה של הזכות לכבוד, כפי שהיא מעוגנת בחוק היסוד. אין בכורה להיבט זה לעומת היבט אחר. איסור הפגיעה בכבוד וחובת ההגנה על הכבוד מטילים שניהם חובות משמעותיות על המדינה ועל הפרטים החיים בה.

112. על רקע זה ערך החיים הפך לערך חוקתי-על חוקי מהדרגה הראשונה, ראש וראשון לערכים החוקתיים כולם. על קדושתה וחשיבותה של הזכות לחיים ושלמות הגוף במשפט הישראלי ראו פסקה 23 לפסק דינו של השופט עדיאל בבג"ץ 3992/04 **אלי מימון כהן נ' מר סילבן שלום, שר החוץ, פ"ד נט(1) 49, 69 (2004)**:

קדושת החיים הנה יסוד מוסד במשפטנו. כל זכויות האדם המוכרות במשפט יונקות את חיותן מהכרה "בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין" (סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 1 לחוק יסוד: חופש העיסוק). החובה לכבד את ערך החיים אינה רק חובה פסיבית של המדינה שלא לפגוע בחיי אזרחיה. מדובר גם בזכותו של אדם כי חייו יזכו להגנה מטעם המדינה, כאמור בסעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". ציווי זה להגן על חייו, חירותו וכבודו של אדם מופנה אל המדינה ורשויותיה מכוח סעיף 11 לחוק היסוד.

...

כנגד זכותו של האדם להגנה על חייו יכול שתעמוד חובתה הפוזיטיבית של הרשות לעשות מעשים שתכליתם לשמור על חיי האדם.

113. גישת עומק זו מקרינה גם על הזכות לבריאות. כפי שציינה כבוד השופטת ארבל (בבג"ץ 488/11 **הסתדרות הרפואית בישראל נ' שר הבריאות** (פורסם בנבו; 2011)):

בהתאם לפסיקת בית משפט זה, הזכות לבריאות היא שם כולל לאגד של זכויות. חלקן מצויות בגרעין הקשה של הזכויות החוקתיות ובראשן הזכות לחיים וערך כבוד האדם.

הדברים הם מתבקשים ומתחייבים. זאת משום שמטבע הדברים התחלואה החמורה מקצרת את החיים, וסיכון חמור לבריאות הוא בגדר סיכון חמור לחיים. כפי שציין פרופ' אייל גרוס "האמרה הפופולרית 'העיקר הבריאות' מסמנת את המקום המרכזי שיש לבריאות בחייהם של בני-אדם. נדמה שהבריאות היא אחד הנכסים החשובים ביותר לבני-אדם ומאלה שלשמירה עליהם יש חשיבות עליונה" (אייל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 437, 438 (יובל רבין ויובל שני עורכים, תשס"ה)).

ג.3(ב) הפגיעה בחיים ובבריאות בנסיבות העניין היא בגדר סיכון ברור ומוחשי החוצה קווים אדומים מקובלים

114. על רקע החשיבות הרבה שמייחסת שיטתנו המשפטית לזכות לחיים ולזכות לבריאות, והרגישות המחייבת להימנע מלפגוע בה ולהגן עליה, מזדקר במלוא עוצמתו הסיכון החמור לחיים ולבריאות הנלווה לכרייה בשדה בריר, והשפעתו על חיי תושבי ערד, כסייפה ותושבי הפזורה הבדואית במקום.

115. מזה שנים רבות זועקים תושבי המקום את זעקת הסיכון לחיים ולבריאות, אלא שזה מכבר אין הם עומדים עוד לבדם. לצדם עומד משרד הבריאות, שהוא **הגורם המוסמך והאחראי** במדינת ישראל על שמירת החיים וצמצום סיכוני התחלואה ומניעתם.

בעניין זה המסר שהוצג בפני המועצה הארצית היה חד משמעי וברור. מבחינת משרד הבריאות תוספת הסיכון לחיים ולבריאות חצתה במובהק את הקו האדום המקובל בארצות המערב.

116. את עמדת המשרד ביטא בפני חברי המועצה ד"ר אודי קלמן, שעמד על תוספת הסיכון לחיים ולבריאות כתוצאה מהכרייה בשדה בריר (פרוטוקול הדיון, נספח כא' לעיל, בעמ' 12):

השאלה היא מה הסיכון התוספתי, מה התמותה התוספתית כתוצאה מהפעילות שתהיה בשדה בריר. זו השאלה, והתשובה היא שהסיכון, במונחים של סיכון זה 6.6 ל – 10,000 שזה סיכון לא מקובל...

הדלתא זה אחד כל תשע שנים. במספר אבסולוטי של אנשים זה עוד פעם זה 6.6 ל – 10,000, כשהרף הכי מקל שמקובל בעולם המערבי זה 1 ל – 10,000. פה זה פי 6 לצורך העניין.

צריך גם לציין שתמותה זה קצה הקרחון כי לא הכנסנו את הנושא של תחלואה שאין ספק שיש כי אנחנו יודעים שהחלקיקים האלה משפיעים על מחלות נשימה ועל מחלות לב [ההדגשות הוספו].

ובכל הנוגע לאוכלוסייה הבדואית באזור והסיכון הנשקף לה די אם נפנה לעמדתו החד משמעית של ראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות פרופ' גרוטו שכתב (במכתבו

למועצה הארצית מיום 30.11.14, נספח יט' לעיל, בעמ' 5):

נכון להיום יושבים בדואים באזור המיועד לכריה. באזור זה כצפוי הערכים הינם גבוהים במיוחד עד כדי עליה של 10.9 מיקרוגרם למטר מעוקב,..., מספר זה מייצג עליה בסיכון לתמותה של מעל 3% לשנה, סיכון אשר לכל הדעות אינו מתקבל על הדעת.

117. ועוד התברר במהלך הדיון כי שיעור התמותה בפועל צפוי לעלות בהתאם לגידול הצפוי באוכלוסיית העיר והסביבה. זהו נתון רב חשיבות שכן מטרת המועצה הארצית הייתה להבטיח את כריית הפוספטים עשרות שנים קדימה (עמ' 8 לפרוטוקול הדיון), שבמהלכם צפויה אוכלוסיית האזור לגדול פי כמה. על רקע זה חשוב לעמוד על חילופי הדברים (פרוטוקול הדיון בעמ' 14 – 15):

אמנון פרנקל: ...הסיכוי לתמותה שזה תוספת של 1 לתשע שנים נובע מגודלה האבסולוטי של ערד כיום?

ד"ר אודי קלמן: בוודאי.

אמנון פרנקל: זאת אומרת אם ערד תכפיל את עצמה, המספר הזה עולה. וזה משפיע רק ברדיוס, על ערד או ערים נוספות באזור?

ד"ר אודי קלמן: בשאר האזור. גם כסייפה וגם הפזורה הבדואית. באל פורה יש לדוגמה בית ספר על גבול השדה, הסיכון הרבה יותר גבוה. ערד זו רק דוגמא אחת....

אם הייתי לוקח את שדה בריר ושם אותו בתל אביב, זה לא היה 1 לתשע שנים, זה היה הרבה יותר. זה היה במאות. על גוש דן לצורך העניין, אז הסדר גודל היה משתנה. אבל הסיכון נשאר אותו סיכון.

אמנון פרנקל: אם ערד תתפתח ותגדל המספר האבסולוטי, סף הסיכון גדל, והפזורה הכולל גם גדל.

ד"ר אודי קלמן: חד משמעית וזה לא רק תמותה זה גם בתחלואה [ההדגשות הוספו].

ואכן, ביחס לסיכון לעלייה בתחלואה חמורה ביותר נפנה לדבריו של פרופ' גרוטו (במכתבו למועצה הארצית מיום 31.3.14 בעמ' 5) לפיהם קיים חשש של "9% עליה בתמותה ממחלות לבביות-נשימתיות, 15% ממחלת לב איסכמית ו - 11% מסרטן ריאות." עוד "התקבלו עדויות נוספות על קשר למחלות כלי דם, מחלות נשימה בילדים ואף השפעה על תוצאות לידות", וכן על קשר לסרטן.

118. כאן המקום להעיר כי עמדת משרד הבריאות אינה בגדר "עמדה טהרנית" המתעלמת מהצורך בפיתוח ובקידום תכניות מהסוג עומד על הפרק. עמד על כך פרופ' גרוטו במכתבו (מיום 30.11.14) לחברי המועצה הארצית (בעמ' 2):

הגישה המקובלת בעולם וגם עלינו אינה אפס סיכון או "בטיחות מוחלטת" (כפי שיש הנוטים להציג לעתים את עמדת משרד הבריאות), אלא רף של סיכון תוספתי שהינו סביר. גם כאשר לוקחים את העמדה המקלה ביותר בעולם המערבי, במקרה של שדה בריר אנו עוברים אותה [ההדגשות הוספו].

119. מכל המקובץ עולה כי בפני המועצה הארצית ניצבו אורות אדומים מהבהבים שהציג בר הסמכה בתחום – משרד הבריאות. המסר היה חד משמעי: אישור התוכנית כרוך בסיכון לחיי אדם ולבריאות באופן בלתי קביל בעולם המערבי, השם לו כערך את השמירה על חיי האדם ובריאותו.

4.ג החובה לצמצם הסיכון לפגיעה בחיים ובבריאות באמצעות בחינת

חלופות מסוכנות פחות

120. רשות ציבורית המייחסת את החשיבות הראויה לזכות לחיים ולזכות לבריאות חייבת לקחת במלוא כובד הראש את עמדת הגורם המוסמך – משרד הבריאות – המציב בפניה באופן חד משמעי את סיכון החרג לחיים ולבריאות.

121. לקיחה ראויה בחשבון של סיכון חד משמעי מחייבת ניסיון רציני ואמיתי לבחון קיומן של חלופות המעלימות את הסיכון או המצמצמות אותו למינימום ההכרחי. כאמור לעיל ולהלן, בדיקה יסודית מעין זו לא נעשתה במקרה דנן, ובמקומה נערכה בדיקת חלופות אשר התעלמה מסיכון זה. חובה זו ניתנת לעיגון במספר מקורות:

(א) בחובה החוקתית הנלווית לזכות לחיים ולבריאות;

(ב) בחובה הכללית המוטלת לצמצום סיכונים לחיים ולבריאות;

(ג) בחובה לבחון חלופות מכוח דיני התכנון והבנייה;

(ד) בעקרון הזהירות המונעת;

נציג את הדברים ראשון ראשון ואחרון אחרון.

4.ג(א) בחינת חלופות כנגזרת מהזכות לחיים ולבריאות

122. החובה לבחון חלופות מקבלת את מלוא משמעותה כשעל הפרק עומדת החובה להגן על החיים. חובת ההגנה מחייבת ניסיון להגיע לתוצאה שבה החיים לא ייפגעו. וכך מצייין פרופ' אהרן ברק ביחס לחובה זו (ברק, פרשנות חוקתית, בעמ' 365 – 366):

החובה השניה היא ביטוי לחובת הפעולה המוטלת על הזולת 'להגנה'

על החיים, הגוף או הכבוד. חובה פוזיטיבית זו מכוונת לכל רשויות השלטון. "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה." על כן, עשויות להיות מוטלות חובות על הרשות המבצעת להגן על חייו, גופו או כבודו של האדם. חובות אלה עשויות להיות מוטלות גם על הרשות המחוקקת. הכנסת עשויה להדרש אפוא, לנקוט בפעולות חקיקה הדרושה כדי להגן על חייו, גופו או כבודו של האדם מפני פגיעה בהם על-ידי הזולת. כמובן, חופש העיצוב של ההסדר החקיקתי נתון למחוקק. עם זאת, חופש זה אינו מוחלט. המחוקק חייב לנקוט באותה אופציה חקיקתית, אשר יותר מכל אופציה אחרת, מגינה על החיים, הגוף או הכבוד. [ההדגשות

הוספו]

ואם כך ביחס למחוקק, ודאי שכך ביחס לרשות המבצעת ובכללה המועצה הארצית לתכנון ולבניה. על המועצה לנקוט באותה האופציה התכנונית "אשר יותר מכל אופציה אחרת, מגינה על החיים, הגוף או הכבוד". לשם כך, מטבע הדברים, אין היא יכולה להסתפק בקיים אלא עליה לחפש באופן אקטיבי את אותה אופציה תכנונית אם זו לא מצויה בפניה, ולבטח לעמוד על כך שהמידע ביחס לחלופות אחרות יעמוד בפניה באופן מלא ומקיף – בניגוד לאופן בו פעלה בעניינה של עתירה זו כפי שיובהר בהמשך.

123. במקרה הנוכחי הסיכון לחיים ולבריאות כרוך בקשר הדוק לדיני איכות הסביבה. פסיקתו של בית המשפט הנכבד קשרה באופן מורכב בין דיני איכות הסביבה לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

כך, בבג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 504 (2004) דחה כבוד הנשיא ברק את הטענה כי הזכות לאיכות סביבה ראויה היא חלק מכבוד האדם (שם, בעמ' 518). יחד עם זאת הוא פסק (שם, בעמ' 519):

רבים הם הצעדים החברתיים היכולים להשפיע על איכות חייו של האדם, אך אין די בהשפעה על איכות החיים כדי להוות פגיעה בחיים או בגוף. הפגיעה בחייו של אדם או בגופו יכולה ללוש הרבה צורות. איננו צריכים לשלול על הסף את האפשרות כי פעולתה של רשות תכנונית הפוגעת באיכות הסביבה תוכל להיות כה מסוכנת והרסנית עד שתעלה לכדי פגיעה בחייו ובגופו של האדם.... אולם על-מנת לבסס פגיעה בחיים ובגוף על העותרת להראות סכנה מוחשית וממשית לחיי האדם.

124. עמדתנו היא כי כאשר הגורמים הרשמיים האמונים על הנושא משקפים סיכון לחיים ולבריאות, שלמיטב שיקול דעתם המקצועי חורג מאמות המידה המקובלות, מדובר באותה פעולה מסוכנת והרסנית העולה כדי פגיעה בחיים ובגוף במובן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

כתמיכה לעמדתנו זו נבקש להישען על פסיקתה של כבוד השופטת ארבל בבג"ץ 2887/04 סלים אבו מדיגם ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד סב(2) 57 (2007)(להלן: "עניין אבו מדיגם"). פרשה זו עסקה, כידוע, בשימוש שעשתה המדינה באמצעי ריסוס של חומר הדברה מן האוויר לצורך סילוק יבולים חקלאיים שנזרעו, שלא כדון, במקרקעי המדינה בנגב, על-ידי תושבי הפזורה הבדואית. הטענה המרכזית שנדונה בפסק הדין היא כי הריסוס מסכן את חייהם ואת בריאותם של התושבים ועל-כן השימוש בו אינו חוקתי.

כאשר ביקשה כבוד השופטת ארבל לבחון את הפגיעה בזכות החוקתית, היא נדרשה לבחון את חוות הדעת השונות שהוצגו במסגרת ההליך, ופסקה שדי בקיומו של פוטנציאל לפגיעה בחיים או בבריאותם של בני אדם כדי לקבוע שמדובר בפגיעה בזכות חוקתית מוגנת, לצורך הדיון החוקתי (פסקה 27 לפסק דינה):

לצד כל זאת, לא שוכנעתי כי ניתן לקבוע שפעולות הריסוס, כפי שהתבצעו על-ידי המדינה, חפות מכל פוטנציאל לפגיעה. לשיטתי, די בכך שבחשיפה לחומר הריסוס יש כדי לגרום לגירויי עור ועיניים, ליצור קשיי נשימה - ולו קלים, או לגרום לתחושות בחילה או סחרחורת, על מנת לקבוע שחומר הריסוס עלול, לכל הפחות, להביא לפגיעה בבריאותם, ובמקרים קיצוניים בשלמות גופם, של הנחשפים אליו.

הנה כי כן די בחשיפה לסיכון שעמד שם על הפרק כדי לקבוע כי הזכות החוקתית נפגעה. ואם כך ביחס לסיכון הנגרם לאלה שהמדינה סבורה שהם מפריס את הדין, ודאי שכך ביחס לכ- 55,000 תושבים שכל "חטאם" הוא שהם מתגוררים בסמוך לשטח קרקע המתוכנן להפוך למכרה פוספטים.

125. ועוד נפנה להמשך הניתוח שביצעה כבוד השופטת ארבל בעניין אבו מדיגם ולפיו עצם קיומה של הסכנה לבריאות, בנסיבות העניין, מספיקה לצורך הוכחת הפגיעה בזכות החוקתית (שם, בפסקה 29 לפסק דינה):

חשש מוגבר זה, בשילוב העובדה כי נותר ספק שמא הריסוס בוצע ללא הקפדה מספקת על מתן התראה מוקדמת לתושבים ועל מניעת חשיפה אפשרית שלהם לחומר הריסוס, הם שמקימים בעיני, בנסיבות הספציפיות של העניין שלפנינו, את הסיכון לפגיעה בבריאותם של האזרחים הבדואים, ובמקרים קיצוניים את החשש, גם אם זה נראה רחוק, לפגיעה בשלמות גופם, כמו גם הפגיעה החוקתית בכבודם.

אשר על כן, מסקנתי היא כי בפעולות הריסוס שבוצעו על-ידי המדינה, באופן שבוצעו, היה כדי לפגוע בזכויותיהם החוקתיות של האזרחים הבדואים לשלמות הגוף, לבריאות ולכבוד.

המסקנה העולה מניתוח פרשות אלה היא ברורה. לצורך הרמת הנטל המוטל על הטוען לפגיעה בזכות החוקתית לחיים, די בהוכחתה של הסתברות מספיקה לפגיעה בזכות כדי לעמוד בנטל ההוכחה הנדרש. הסתברות זו אינה חייבת להיות ברמת וודאות גבוהה, ודי שיהיה מדובר בהסתברות ממשית שאינה קלת ערך, וודאי שהעותרים עומדים בנטל זה נוכח עמדתו החד משמעית של משרד הבריאות המתנגד לכרייה בשדה בריר, שכן היא מהווה סכנה לחיים ולבריאות ומאחר והיא מציבה סכנה החוצה את הרף המקובל במדינות המערב.

126. על רקע זה, וכפי שראינו לעיל, מזדקרת החובה החוקתית להגן על הבריאות ועל החיים על-ידי חיפוש אקטיבי אחר האפשרות המגנה ביותר עליהם. לא ניתן לעמוד בחובה זו ללא בחינה ראויה של חלופות.

127. לאותה תוצאה אפשר יהיה להגיע על-ידי הכרה בזכות הלכתית לאיכות סביבה, אפשרות שהושארה בצריך עיון בעניין **אדם טבע ודין** (בעמ' 517). כידוע, גם לאחר המהפכה החוקתית יכול בית המשפט הנכבד ליצור זכויות הלכתיות חדשות (ראו גרשון גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" **עיוני משפט** כב 129, 136 (תשנ"ט)); דוגמא ידועה לפיתוח הלכתי שכזה היא ההכרה בזכות היסוד ההלכתית לחינוך בבג"ץ 2599/00 **יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך**, פ"ד נו(5) 834, 843 (2002)). בכל הנוגע לזכות ההלכתית לאיכות הסביבה, בית המשפט הנכבד הזכיר את האפשרות להכיר בזכות זו אך לאחרונה. כך, פסקה כבוד השופטת דפנה ברק-ארז "**אני עצמי נוטה לדעה כי יש מקום להכרה בזכות כזו לפחות כזכות פסיקתית, הכרה שצפויה להיות לה חשיבות מעשית בכל הנוגע למסגרת השיקולים שאמורה להנחות את הרשות המבצעת בהחלטותיה**" (עע"ם 683/13 **רשות שדות התעופה נ' טויטו** (טרם פורסם, 2015)).

המקרה הנוכחי יכול להיות הזדמנות מתאימה מאין כמוה להכרה המתבקשת כל כך בזכות ההלכתית לאיכות הסביבה, ולמגבלות שהיא מטילה על רשויות התכנון.

ג.4(ב) בחינת חלופות מתחייבת מהחובה הכללית לצמצם פגיעה בחיים ובריאות

128. בנסיבות העתירה הנוכחית אין חובה לבחון את הדברים מזווית הראייה של חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו נוכח העובדה כי אין אנו מבקשים לפסול חוק, אלא החלטה מינהלית. לשם כך אין חובה להצביע על פגיעה בזכות היסוד לכבוד, אלא על הפרה של חובה חוקתית באופן כללי.

129. ואכן, בחברה המחויבת לחיי אדם ולבריאותם קיימת חובה חוקתית להגן על החיים ולצמצם את הפגיעה בהם, גם אם אין אפשרות לאתר מראש אדם קונקרטי שייפגע באופן ספציפי מהסיכון. בעניין זה נפנה את בית המשפט הנכבד לפסיקתו של בית המשפט החוקתי הגרמני, שציין בפסק דין שעסק בסיכון שנלווה להקמת תחנת כוח גרעינית (*In re Kalkar BVerfGE*) (1978, 89, 49):

The guarantees of the basic rights not only contain subjective rights

of the individual against the state, but at the same time constitute an objective value order of the Constitution that is valid in all areas of the legal order and which gives guidelines to the legislator, the executive and the judiciary...

על רקע זה קיומו של ערך חוקתי של מחויבות לחיים ולבריאות משליך על האופן שבו על רשויות השלטון לכלכל את צעדיהם.

130. כמו בגרמניה גם בישראל החובה להציל חיים היא בגדר ערך חוקתי בסיסי. כידוע, המחוקק ביטא זאת באופן ברור שעה שנחקק חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח – 1998 ואם קמה חובה כזו על אנשים הזרים אלה לאלה ודאי שחובה זו חלה במלוא העוצמה על רשויות ציבוריות שהן, כידוע, בגדר נאמן הציבור כולו.

131. בית המשפט הנכבד הכיר בחובה חוקתית זו שעה שלא היסס להטיל על המדינה חובה לבנות גשר כדי לצמצם את הסיכון הנשקף לחיי ילדים בדואים שהיו צריכים לחצות ואדי בדרכם לבית הספר (בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102 (2003)(להלן: "עניין הפורום לדו קיום")).

כידוע באותו המקרה, העלתה המדינה את הטיעון כי לא ניתן לבנות גשר שכזה נוכח היעדרה של תכנית מתאר תקפה, המאפשרת את הקמתו. טיעון זה נדחה מכל וכל על ידי בית המשפט נוכח החובה הבסיסית להגן על החיים. בית המשפט חייב את המשיבים לאמץ את החלופה המגנה על החיים והמקימה את הגשר, גם אם קיים ספק לגבי חוקיותה. עובדה זו רק ממחישה את עוצמתה יוצאת הדופן של החובה להציל חיים החלה בשיטתנו המשפטית. חובה נעלה הקודמת אפילו לחוק.

הגישה העולה מהחלטה בעניין הפורום לדו קיום יפה לענייננו מכוח קל וחומר. כאן אין אנו פועלים מחוץ לעולם התכנון והבנייה אלא במסגרתו. ככל שקיימת אפשרות תכנונית לצמצם את הסיכון לחיים ודאי שמוטלת חובה לעשות כן, ולשם כך יש לבחון כראוי חלופות המגשימות מטרה יסודית זו.

ג.4(ג) החובה לבחון חלופות במסגרת דיני התכנון והבנייה

132. בית המשפט הנכבד עמד על הדרישה לבחון חלופות במסגרת תסקיר עובר לקבלת החלטה תכנונית בלתי הפיכה. בבג"ץ 9409/05 אדם טבע ודין נ' הוועדה הארצית לתכנון ובנייה של תשתיות לאומיות, פ"ד סד(2) 316 (2010)(להלן: "עניין אדם טבע ודין") ציינה כבוד הנשיאה ביניש (בפסקה 11 לפסק דינה):

לעיתים יהיה על מוסד התכנון, הבוחן את אישורה של תכנית מסוימת, לדרוש מעורך התסקיר לבצע גם תסקיר חלופות; היינו, לבחון במסגרת התסקיר חלופות תכנוניות לבחירה התכנונית

העקרונית שנעשתה בתכנית המוצעת, ולא אך חלופות הנוגעות לאופן היישום של אותה בחירה. בחינה זו של חלופות תכנוניות עקרוניות צריכה להיעשות, בין היתר, כאשר מדובר בתכניות להקמת פרויקטים בעלי השפעה סביבתית ניכרת וארוכת טווח; שכן ביחס לפרויקטים מעין אלה מן הראוי לבחון בקפידה ובאופן מעמיק כל אפשרות סבירה לצמצום הנזק הסביבתי שעלול להיגרם על ידי התכנית המוצעת. ניתן אף לומר כי בפרויקטים מעין אלה בחינת החלופות צריכה לעמוד במוקד התסקיר. ללא הצגת חלופות ממשיות לתכנית המוצעת לא יוכל התסקיר למלא את תפקידו להביא להחלטה נבונה ומושכלת יותר של מוסד התכנון. אכן, כדי שמוסד התכנון יוכל להפעיל שיקול דעת של ממש בבואו להחליט האם לאשר הצעה לתכנית מסוימת, הפוגעת פגיעה משמעותית בסביבה, יש להציג בפניו את החלופות הקיימות לתכנית המוצעת ומידע מקיף בנוגע להשלכותיה הסביבתיות של כל אחת מהן; שאם לא כן יתקשה מוסד התכנון, בבואו להחליט האם לאשר את התכנית הנדונה בפניו, לאזן כנדרש בין השיקול הסביבתי לבין יתר השיקולים הרלוונטיים [ההדגשות הוספו].

133. בית המשפט הנכבד אף נשען בגישתו של משפט משווה, וכך ניתחה את הדברים כבוד הנשיאה ביניש (בפסקה 12 לפסק דינה):

עיון בנוסח ההוראות החקיקתיות הרלוונטיות בארה"ב מלמד, אפוא, כי במשפט האמריקאי הוכרה חובה לבחון במסגרת ה-EIS את כל החלופות הסבירות לפעולה המוצעת, וכן לנמק מדוע חלופות מסוימות לא נשקלו באופן מפורט. עוד יצוין, כי בית המשפט העליון בארה"ב קבע כי אין חובה לבחון במסגרת ה-EIS חלופות שהן בלתי מקובלות ולא היו מוכרות בזמן אישור הפרויקט, וכי ניתן להגביל את היקף החובה לבחון חלופות לפעולה המוצעת בשל שיקולי ישימות (ראו *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Nat. Res. Def. Council*, 435 U.S. 519, 551 (1978)). גם באנגליה נקבעה בתקנות הנוגעות לתסקירי השפעה על הסביבה חובה לבחון חלופות לתכנית המוצעת. תקנות אלה, שנועדו ליישם דירקטיבה של האיחוד האירופי, קובעות כי על התסקיר לכלול, בין היתר, את המידע הבא:

An outline of the main alternatives studied by the applicant or "appellant and an indication of the main reasons for his choice, taking Town and Country "into account the environmental effects Planning (Environmental Impact Assessment) (England and Wales) Regulations 1999).

הוראות אלה במשפט המשווה אינן מטבע הדברים בעלות מעמד מחייב במשפט הישראלי, ובפסיקת בית משפט זה אף הובעה עמדה כי יש להיזהר "מפני העתקה בלתי מבוקרת של הלכות ודינים בנושא תסקירים כמקובל בשיטות משפט זרות" (ראו, עניין כביש חוצה ישראל, בעמ' 455). עם זאת, ניתן ללמוד מההוראות שהבאנו לעיל על המרכזיות המיוחסת לבחינת החלופות לתכנית המוצעת במסגרת הכנת תסקיר ההשפעה על הסביבה ועל החשיבות שיש להצגת המידע על חלופות אלה במסגרת התסקיר [ההדגשות הוספו].

134. בית המשפט הנכבד אף היה ער למחיר של גישה זו, אך פסק (שם, בפסקה 11 לפסק דינה של הנשיאה):

אכן, ניתן לטעון כי עריכת בחינה מעמיקה מעין זו עלולה להביא לעיכוב בהליכי התכנון ולפגיעה מסוימת ביעילות ההליך התכנוני. כשלעצמי, ספק בעיני אם יש ממש בטענות אלה; אולם מכל מקום בבואנו לבחון את השלכותיהן הסביבתיות של תכניות מתאר רחבות היקף אין מנוס מלשלב "מחיר" מסוים מבחינת שיקולי יעילות בטווח הקצר על מנת למנוע או לכל הפחות לצמצם את הנזקים הסביבתיים לטווח הארוך.

ואכן, בנסיבות העניין בעניין אדם טבע ודין נפסלה החלטת המועצה נוכח היעדר בחינת חלופות במסגרת התסקיר.

135. פסיקתו של בית המשפט הנכבד עוסקת אמנם בתסקירי השפעה על הסביבה, אולם בבסיס ההלכה השיפוטית עומד עיקרון בסיסי עמוק יותר: שעה שעל הפרק עומדת החלטה בעלת השלכות עומק האוחזות בהשפעה ארוכת טווח, חובה לבחון את השלכות האפשריות שלהן בדרך של בחינה מעמיקה ויסודית של חלופות. ואם כך לגבי ערכים סביבתיים ודאי שכך שעה שעל הפרק עומד סיכון לחיי אדם ולבריאותם החוצה קווים אדומים.

ג.4(ד) החובה לבחון חלופות לאור עיקרון הזהירות המונעת (Precautionary Principle)

136. עיקרון הזהירות המונעת (Precautionary Principle) הוא אחד מעקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי (אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי: עקרונות יסוד 257 (כרך ראשון; 2009) (להלן: "שרגא ושחר, עקרונות יסוד"). כבוד השופט מלצר ציין בבג"ץ 466/07

ח"כ זהבה גלאון מר"צ – יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו; 2012) (בפסקה 34 לפסק דינו) (להלן: "עניין גלאון"):

עיקרון הזהירות המונעת - הוא עיקרון חדש יחסית במשפט הציבורי, אך תוך מספר שנים הוא הפך ובצדק – בתמיכת משפטנים ליברליים ופסיקה – לאחד העקרונות החשובים במספר תחומים כמו: איכות הסביבה, השימוש באנרגיה גרעינית ובפסולת גרעינית, השימוש בתרופות, הנדסה גנטית, פיקוח על מזון ומקורות מים ועוד.

באותו המקרה החיל כבוד השופט מלצר את המבחן על תחום הביטחון הלאומי, אך בענייננו מדובר בתחום התפרסותו "הטבעי" של עיקרון זה, קרי בענייני איכות הסביבה.

137. אשר למהותו של עקרון הזהירות המונעת, ראו דבריו של כבוד השופט מלצר בעניין גלאון (פסקאות 34-42). הנה עיקרי הדברים:

[עקרון הזהירות המונעת] "נועד להתמודד עם הקושי שבפער בין הידע הקיים בזמן נתון, לבין הנזק הפוטנציאלי האדיר והלא ודאי שעלול להיגרם מפעילות כלשהי, אם לא ינקטו לגביה אמצעי זהירות ראויים. העיקרון מאפשר לרשות (המחוקקת או המבצעת) לנקוט בצעדים שתכליתם מניעת הקטסטרופה, וזאת כאשר נשקף איום משמעותי לנזק נרחב בלתי הפיך, אפילו הוא בהסתברות נמוכה וגם כאשר אין ודאות מדעית מוכחת שהנזק אכן יתממש".

138. עוד ראו לעניין זה סעיף 37 לפסק דינו של בית המשפט הנכבד (מפי כבוד השופט מלצר) ברע"פ 2841/17 חיפה כימיקלים בע"מ נ' עיריית חיפה ואח' (ניתן ביום 27.7.2017) אשר עסק בערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה בנוגע להפעלת מתקן האמוניה באזור מפרץ חיפה:

תפיסות אלו תואמות, להבנתנו, את עיקרון הזהירות המונעת, המחייב במקרים שכאלה את הסרת הסיכון, או מזעורו, וזאת כדי: "להתמודד עם הקושי שבפער בין הידע הקיים בזמן נתון, לבין הנזק הפוטנציאלי האדיר והלא ודאי שעלול להיגרם מפעילות כלשהי, אם לא ינקטו לגביה אמצעי זהירות ראויים. העיקרון מאפשר לרשות (המחוקקת או המבצעת, וכן השופטת – תוספת שלנו – הח"מ) לנקוט בצעדים שתכליתם מניעת הקטסטרופה, וזאת כאשר נשקף איום משמעותי לנזק נרחב בלתי הפיך, אפילו הוא בהסתברות נמוכה וגם כאשר אין ודאות מדעית מוכחת שהנזק אכן יתממש" (ראו: בג"צ 07/466 ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה, שם בפיסקאות 34-42 לחוות דעתו של השופט ח' מלצר; עיינו והשוו גם: בש"פ 07/10848 בונדק נ' מדינת ישראל (21.02.2008); בג"צ 15/7040 פדל מוסטפא פדל המאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית

(12.11.2015) (בפיסקה 1(ג) לחוות דעתו של השופט נ' סולברג).

139. דברים אלה יפים ביותר לעניינו שכן קיימת עמדה מוצקה ועקבית של משרד הבריאות ביחס לסכנה הצפויה מהקמתו של מכרה באתר זוהר דרום. **בנסיבות המקרה שלפנינו משקלו של העיקרון כבד במיוחד שכן אין אנו מהלכים כסומא בארובה, ללא ביסוס מדעי. לפנינו הצמדת תג מחיר מדעי כבד מנשוא מצד משרד הבריאות לתוכנית העומדת על הפרק. משרד הבריאות הוא זה הקובע שלתוכנית נלווה סיכון לעלייה בתמותה ובתחלואה קשה מעבר למקובל במדינות המערב.**

140. כפי שהראו שרגא ושחר לעיקרון הגדרות רבות, אך כולן באות להתמודד עם סיכונים מהותיים בעיקר בתחום בריאות הציבור ואיכות הסביבה (שרגא ושחר, עקרונות יסוד, בעמ' 258), וזהו בדיוק מוקד הדיון בעתירה דנא:

(א) לפי אחת ההגדרות של העיקרון כשפעילות מעלה איומים לבריאות הציבור או לסביבה - חייבים לנקוט בצעדי זהירות גם אם אין ביסוס מלא מדעי לסיכון (שם, בעמ' 258);

(ב) לפי הגדרה אחרת "כאשר נוקטים בפעולה מסוימת (או מדיניות מסוימת), יש ליצור 'שוליים של בטיחות' (margin of safety) או 'מרווח ביטחון' על מנת להימנע מתרחיש קשה או בלתי הפיך." (שם, בעמ' 259).

(ג) שרגא ושחר מציעים את ההגדרה המסכמת לעיקרון הזהירות המונעת הכוללת "שלושה יסודות מכוננים: האחד, פוטנציאל לנזק חמור או בלתי הפיך; השני, חוסר ודאות מדעית לקשר בין הפעולה לתוצאה; השלישי הצורך בנקיטת אמצעי זהירות (שם, בעמ' 261).

141. מהן החובות הנלוות לעקרון הזהירות המונעת? האפשרות הקיצונית ביותר היא "הטלת איסור מוחלט וגורף על הפעולה החשודה כבת-סיכון, עד שיוכח כי הפעולה אינה כזו. אפשרות שנייה מתונה יותר היא הפחתת הפעילות המסוכנת או צמצום מקורות הסיכון" (שרגא ושחר, שם, בעמ' 263). **לאפשרות זו – האפשרות השנייה – אנו עותרים בעתירה דנא. אחת הדרכים המרכזיות למימושה היא "בחינת חלופות לפעולה החשודה כבת-סיכון, שאינן סובלות מהמגרעות שמהן סובלת הפעולה החשודה" (שם, בעמ' 263). ושוב נמצאנו מגיעים לחובה לבחון חלופות ביסודיות ובתום לב.**

142. על מנת שיחול עקרון הזהירות המונעת על החובות הנלוות אליו, אין חובה לבסס ודאות לפגיעה בחיים ובבריאות. די בקיומו של סיכון משמעותי לפגיעה כאמור. וכאשר קיים חשש לטעות בהערכת החלופות והשיקולים העומדים על הפרק בית המשפט הנכבד הכיר בחובה חוקתית לטעות לטובת החיים – כלומר, להעדיף את החיים על פני שיקולים אחרים.

בעניין זה נפנה את בית המשפט הנכבד לפסק דינו של כבוד השופט (כתוארו אז) גרוניס בבג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' שר הפנים, פ"ד

סא(2) 202 (2006) (פסקה 8 לפסק דינו) :

מנגד, אם תתקבלנה העתירות וייפסק כי אין תוקף לחוק, תיגרם פגיעה בזכות לחיים ולשלמות גופנית ונפשית של מספר בלתי ידוע של בני אדם. הואיל ועסקינן בנעלמים משני צידיה של המשוואה, אין מנוס מלהביא בחשבון את האפשרות של טעות. לשיטתי, יש ליתן משקל גבוה יותר לחשש של טעות באותו צד של המשוואה בו מונחת הזכות לחיים [ההדגשה הוספה].

143. גם כאן העקרונות המשפטיים כולם מצביעים על כיוון ברור ומובהק – כאשר מדובר בסכנה לחיים - ולבטח כאשר משרד הבריאות שהוא הגורם הרשמי האמון על הערכות בתחום בריאות הציבור קובע באופן עקבי כי הסכנה היא למעלה מן המקובלות החברתית - יש לבחור בזכות לחיים ולהעדיפה, בכל הכבוד, על קיומם האפשרי של ערכים סביבתיים באתרים אחרים בהן קיימות חלופות כרייה או אינטרסים כלכליים אשר היענות להם תעמיד את החיים והבריאות בסכנה.

ג.4(ה) העולה מן המקובץ

144. הנה כי כן, בחנו כמה אפיקים משפטיים הצועדים בנתיבים שונים אך המובילים כולם לאותה תוצאה והיא החובה לבחון חלופות באופן יסודי תוך מתן משקל ראוי לשאלת הסיכון לחיים ולבריאות והחובה לצמצם את הפגיעה בהם ככל שניתן. אין זה מפתיע נוכח כוכב הצפון האחד המכוון את דרכה של חברה המקדשת את החיים והמבקשת לצמצם סיכון למוות ולתחלואה קשה.

145. כפי שנראה מיד להלן, המועצה הארצית הנכבדה פטרה עצמה מהחובה הבסיסית לבחון חלופות המנטרלות את הסיכון לחיים ולבריאות, ובכך הפרה את חובתה החוקתית, והפעילה שיקול דעת הסוטה ממתחם הסבירות באופן מובהק וקיצוני.

ג.5 המועצה הארצית הפרה את חובתה לבחון באופן ראוי חלופות הפוגעות

פחות בחיים ובבריאות

ג.5(א) המתודולוגיה העומדת בבסיס החלטת המועצה הארצית

146. בפני המועצה הארצית הנכבדה עמדה חוות דעתו החד משמעית של משרד הבריאות, שציינה, כאמור, כי הסיכון לחיים ולבריאות הנלווה לתוכנית שעל הפרק סוטה מהקווים האדומים. על רקע זה היינו מצפים כי המועצה תהיה מחויבת במיוחד למימוש חובתה לבחון האם הפגיעה הזו הכרחית, והאם אין בנמצא חלופות אחרות המאזנות באופן טוב יותר בין האינטרס לכרות פוספטים לבין המחויבות לצמצם פגיעה בחיים ובבריאות; היינו מצפים כי המועצה הנכבדה תשנס מותניים ותפנה לבחון באופן מעמיק את החלופות השונות הבאות בחשבון ואת מידת

הסיכון הטמון בהן לחיים ולבריאות, ותבכר את החלופה הפוגעת פחות בחיים גם אם היא עדיפה פחות בפרמטרים אחרים.

147. ציפייה זו הפכה מתבקשת עוד יותר נוכח ההליך הסדור שקיימה המועצה הארצית הנכבדה שעה שבחנה, במקרה אחר, את "תכנית מתאר ארצית – תמ"א 37 ח – קבלה וטיפול בגז טבעי – מתגליות בים ועד מערכת ההולכה הארצית". תכנית זו עמדה לביקורתנו של בית המשפט הנכבד בעניין **יקנעם**.

כפי שציין כבוד השופט פוגלמן בעניין **יקנעם** (בפסקה 44 לפסק דינו) "**הבחירה בחלופת המיקום בכל אחד מן המכלולים התקבלה בתהליך סדור ושיטתי של ניפוי וסינון חלופות, והכל על בסיס מידע תכנוני מקיף שבמרכזו מסמך ההערכה הסביבתי והתסקירים המשלימים**". ואכן, בנסיבות המקרה שם נבחנו 9 חלופות טכנולוגיות לפיתוח מאגר הגז, ואחר כך נבחנו 25 מתחמים יבשתיים שונים להקמת המתקנים תוך עמידה על היתרונות והחסרונות של כל אחד (ראו בפסקאות 7 – 10 שם).

הנה כי כן, בעניין **יקנעם** התקיים הליך בחינת חלופות ראוי ויסודי אשר נסמך על עובדות ידועות וברורות ולא על הערכות מוגבלות ומידע חלקי ובלתי שלם.

148. היינו מצפים כי גם בענייננו יתקיים הליך סדור וראוי של בחינת חלופות תוך שימת דגש על הצורך בשמירה והגנה על החיים והבריאות:

(א) גם בענייננו מדובר בניצול משאבי טבע שרווחיותם גבוהה ביותר;

(ב) גם בענייננו מדובר על החלטה בעלת אפקט לשנים, שכן מדובר בתכנית לכרייה של עשרות שנים.

(ג) גם בענייננו יש לתוכנית השפעה על מכלול רחב של שיקולים, ואפקט לדורות;

אלא שהצורך לבחון כראוי את החלופות בענייננו התחייבה אף מכוח קל וחומר לעניין **יקנעם**. בעוד שבעניין **יקנעם** עמדת משרד הבריאות תמכה בהחלטה שהתקבלה והאופציה שנבחרה הייתה המועדפת עליו (**שם**), בפסקה 57 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן), הרי שבענייננו מדובר בחלופה שמשרד הבריאות התנגד לה נחרצות. לכן, הייתה קיימת בנסיבות המקרה שלפנינו **חובה מוגברת** לוודא שאכן מדובר בגזרת גורל מסכנת חיים ובריאות, שלא ניתן להימנע ממנה.

149. והנה, למרבה ההפתעה, המועצה הארצית נמנעה בענייננו מכל בחינה ראויה של חלופות, במיוחד בהיבט של הסכנה לחיים ולבריאות. מדוע? ניתן למצוא את התשובה בנימוקים להחלטה, הנשענים על העמדה שהציג בפניה המשרד להגנת הסביבה. וכך נכתב בהחלטת המועצה (נספח ב', לעיל):

לעניין עמדת משרד הבריאות, שהתבססה על מסקנותיו של מומחה בינלאומי מטעמם (פרופ' סאמט), לפיה יש להימנע מתוספת סיכון, גם אם קיימת עמידה בתקנים סביבתיים, הובהר על ידי נציג המשרד להגנת הסביבה כי כל פרויקט חדש הכולל תוספת של זיהום אוויר ועמו תוספת סיכון, הסיכון לגיטימי כל עוד הפרויקט עומד בערכי סביבה שנקבעו בחוק אוויר נקי ובתקנותיו, וכי הכרייה בזוהר דרום אינה שונה מכל פרויקט תשתית אחר. ערכי הסביבה מותאמים לתקנים אירופאים ואף מחמירים מהם.

...

המועצה הארצית, לאחר ששמעה את העמדות השונות, השתכנעה שאין בכריית הפוספט הטלת סיכון בריאותי בלתי קביל על האוכלוסייה. הובהר על ידי המשרד להגנת הסביבה, כי תוספת הסיכון בגין הכרייה דומה לתוספת סיכון בגין זיהום אוויר מכביד עירוני פנימי, וכי תוספת זו יחד עם מצב הרקע עומדים בתקני הסביבה של חוק אוויר נקי. לצד זאת, רואה המועצה חשיבות בפיתוח מינרלים תעשייתיים, שהינם מחצבים, בעלי ערך כלכלי גבוה וחשיבות לאומית למשק בכלל ולתעסוקת הנב בפרט [ההדגשות הוספו].

150. בכך החליטה המועצה הנכבדה החלטה עקרונית רבת חשיבות, ללא דיון מטה מסודר, דחתה את גישת משרד הבריאות ואימצה את גישת המשרד להגנת הסביבה. היא קבעה כי עמידה ביעדי הסביבה של חוק אוויר נקי מהווה תנאי מספק לאישור תכניות הטומנות בחובן סכנה בריאותית, וזאת בניגוד חריף לעמדת משרד הבריאות ביחס פרשנותו של חוק זה. כך קרה שחוק אוויר נקי הפך למחטא ולמלבין של סיכונים חמורים לחיים ולבריאות בניגוד לתכליתו. לגישת המועצה גם בהינתן סיכונים אלה, וגם בהינתן עמדה חד משמעית של משרד הבריאות, די בחוק אוויר נקי כדי לשלול את הצורך בבחינת חלופות המסכנות פחות את הבריאות.

ג.5(ב) גישת המועצה מפרה את החובה לבחון חלופות והיא בלתי סבירה באופן

קיצוני

151. גישתה של המועצה הארצית הנכבדה לוקה, בכל הכבוד, בטעות משפטית בסיסית. הדרישה לעמוד בערכי הסביבה של חוק אוויר נקי יכולה להיות תנאי הכרחי לאישור תכניות על-ידי מוסדות התכנון, אך ודאי שלא תנאי מספיק במקרה בו ניצב חשש משמעותי לסיכון של חיים ובריאות. הסתפקות בבחינה דרך המסננת של ערכי הסביבה אינה יכולה לפטור את הגורמים המוסמכים מחובתם לפעול לצמצום הסיכון לחיים ולבריאות במקום בו ניתן לעשות כן. עמדת המועצה הארצית הנכבדה מובילה לתוצאה הבלתי סבירה בעליל ולפיה דווקא חוק אוויר נקי

משמש מנוע רב עוצמה לאישור תכניות מזהמות מסכנות חיים, וזאת בניגוד לתכליתו.

152. הטעות שבגישה המתודולוגית הזו הוצגה למועצה הארצית הנכבדה כבר בזמן אמת, עובר לקבלת ההחלטה במכתבו של ראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות (מיום 30.11.14), בו פנה פרופ' גרוטו לחברי המועצה הארצית, נספח יט' לעיל, וציין (בעמ' 2):

חוק אוויר נקי – חוק זה, בניגוד לכוונת המחוקק משמש היום ככלי להכשרת זיהום אוויר, שימוש אשר נפוץ לצערי בקרב מקבלי ההחלטות במוסדות התכנון. חוק אוויר נקי מכיל שני ערכי לכל מזהם ולא ערך אחד. ערך סביבתי וערך יעד. חוק אוויר נקי בבירור מחייב לשאוף לערכי יעד ולפעול ככל הניתן להפחית את זיהום האוויר, במיוחד בפרויקטים חדשים, ועצם העובדה שרמת זיהום האוויר אינה חורגת מערכי הסביבה, אינה הצדקה להכשיר פרויקטים [ההדגשה במקור].

ועל כך יש להוסיף את עמדתו הנכוחה של פרופ' סאמט, המומחה הבלתי תלוי, שמשרד הבריאות נשען עליו, כפי שהיא מופיעה בחוות דעתו (עמ' 16 לתרגום חוות הדעת, נספח טז' לעיל):

ישראל מיישמת את תקני איכות האוויר. תקנים אלה מייצגים את הריכוזים המקסימאליים המותרים כדי להגן על בריאות הציבור. באופן ברור, כל תוספת לריכוזי זיהום האוויר הנובעת כתוצאה מהכרייה שתוביל לחריגה מהתקן היא בלתי-קבילה. עם זאת, אין לפרש כקבילה תוספת מוערכת לריכוזי החומר החלקיקי שלא תוביל לערכים שמעל התקן. במקום זאת, הקבילות של התוספת לסיכון היא הקריטית לקבלת החלטות [ההדגשה הוספה].

153. על חוסר הסבירות של עמדת המועצה ניתן ללמוד מהשלכותיה הבלתי מתקבלות על הדעת, ולפיהן ניתן להשלים עם מוות ושיעורי תחלואה קיצוניים בשמו של חוק אוויר נקי.

נניח כי קיימת תכנית מסכנת חיים העומדת בערכי הסביבה של חוק אוויר נקי, אך קיימת אלטרנטיבה לתוכנית זו שאינה מסכנת חיים ולא כוללת תוספת משמעותית לסיכון של תחלואה חמורה. עולה השאלה - האם מתקבל על הדעת שלא יהיה צורך לבחון את האפשרות להימנע מהסיכון רק בגלל העובדה שלא עברנו את ערכי הסביבה שבחוק אוויר נקי? התשובה השלילית מתבקשת ואף מתחייבת בחברה המחויבת לערך היסוד של קדושת החיים.

אם ניתן להציל חיים ולהימנע מפגיעה בבריאות חובה עדיין לבחון את האפשרות לעשות כן, גם בהינתן עמידה במדדים של ערכי הסביבה של חוק אוויר נקי. כלומר, אם ישנה אפשרות להשיג את יעדי הפיתוח והתכנון תוך צמצום מהותי של הסיכון לחיים ולבריאות, קיימת חובה חוקתית המוטלת על רשויות התכנון לכל הפחות לבחון - באופן ראוי ועל בסיס תשתית נאותה

וברור יסודי של העובדות - את ההיתכנות של החלופה הזו; קל וחומר כשמדובר בחלופה המעלימה לחלוטין את הסיכון כפי שקיים בעניינה של עתירה זו אשר החלופות לכריית פוספט שאינן באזור זוהר דרום מרוחקות מישובים מאוכלסים.

154. טענתנו היא כי קבלת גישת המועצה הארצית הנכבדה פירושה זניחה לא חוקתית ובלתי סבירה בעליל של החובה לבחון באופן ראוי חלופות המאיינות או המצמצמות משמעותית את הסיכון לפגיעה בחיים ובבריאות.

ג.5(ג) גישת המועצה הארצית נשענת על טעות משפטית בפרשנות חוק אוויר נקי

155. הטעות המשפטית שבעמדת המועצה הארצית הנכבדה בולטת במיוחד שעה שבוחנים את הרקע לחקיקת החוק, ואת תכליתו הברורה. על רקע זה בלתי נתפס כיצד הפך החוק לפתע למלבין ולמכשיר סיכונים לחיים ולבריאות.

156. בשנת 2008 נפל דבר בישראל. לראשונה, נחקק חוק אוויר נקי המהווה חוק ספציפי ומקיף להגנה על איכות האוויר בישראל. חוק זה הכיר בחשיבות העצומה שיש, כמפורט במטרת החוק, "להביא לשיפור איכות האוויר וכן למנוע ולצמצם את זיהום האוויר" בישראל, כאמצעי לשמירה על בריאות הציבור ואיכות חייהם של בני האדם תוך קביעת איסורים בהתאם לעקרון הזהירות המונעת. להלן לשון סעיף 1 לחוק (מטרות החוק):

חוק זה מטרתו להביא לשיפור של איכות האוויר וכן למנוע ולצמצם את זיהום האוויר, בין השאר על ידי קביעת איסורים וחובות בהתאם לעקרון הזהירות המונעת, והכל לשם הגנה על חיי אדם, בריאותם ואיכות חייהם של בני אדם ולשם הגנה על הסביבה, לרבות משאבי הטבע, המערכות האקולוגיות והמגוון הביולוגי, למען הציבור ולמען הדורות הבאים ובהתחשב בצורכיהם.

157. כעולה ממטרת החוק, המחוקק הכיר בצורך לשפר את איכות האוויר ולמזער את נזקי זיהום בהתאם לעקרון הזהירות המונעת. אך יחד עם זאת, ברי כי על מטרה זו להתחשב בצורך החברה בשימור אורח החיים המודרני ובהתפתחותה. לעניין זה יפים דבריו של כבוד הנשיא ברק בבג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש הממשלה נח(3) 503, 514 (2004) כדלקמן:

לא פעם הצרכים המידיים של ההווה מתנגשים עם הצרכים ארוכי הטווח. ההווה משעבד את העתיד. האדם המודרני לא יוכל לחיות את חייו בחברתו אם לאינטרסים של איכות הסביבה תינתן עדיפות מוחלטת, אך באותה מידה הוא לא יוכל לחיות את חייו בחברתו אם האינטרסים של איכות הסביבה לא יובאו בחשבון. נדרש איזון עדין בין הצרכים המתנגשים. אי אפשר רק עם איכות הסביבה, אך אי אפשר בלעדיה.

158. המורכבות של עריכת האיזון בין האינטרסים המתנגשים לא הרתיעה את המחוקק. בהתאם לכך, כולל החוק בסעיף 6(א) "מפת דרכים" שאמורה להנחות אותנו מקום בו יש התנגשות מעין זו. הסעיף קובע, כי:

השר יקבע ערכים מרביים, כמפורט להלן, לנוכחותם באוויר של מזהמים המנויים בתוספת הראשונה, בפרקי זמן נתונים (בחוק זה – ערכי איכות האוויר):

(1) ערכים שחריגה מהם מהווה חשש לסיכון או לפגיעה בחיי אדם, בבריאותם או באיכות חייהם של בני אדם, בנכסים או בסביבה, לרבות בקרקע, במים, בחי ובצומח, שיש לשאוף להשיגם כיעד (בחוק זה – ערכי יעד); ערכי היעד ישמשו בסיס לקביעת היעדים בתכנית כמשמעותה בסעיף 5;

(2) ערכים שחריגה מהם מהווה זיהום אוויר חזק או בלתי סביר, שייקבעו על בסיס ערכי היעד והידע המדעי והטכנולוגי העדכני, ובהתחשב באפשרות המעשית למניעת חריגה מערכי היעד (בחוק זה – ערכי סביבה);

(3) ערכים שחריגה מהם, בחשיפה לזמן קצר, גורמת או עלולה לגרום לסיכון או לפגיעה בבריאותם של בני אדם, ושיש לנקוט אמצעים מידיים למניעת החריגה מהם או למניעת הנזק הנובע מהחריגה (בחוק זה – ערכי התרעה) [ההדגשות הוספו].

159. לעניינינו רלוונטיים "ערכי היעד" הקבועים בסעיף 6(א)(1) לחוק ו- "ערכי הסביבה" הקבועים בסעיף 6(א)(2) לחוק. ערכי היעד מבוססים על שיקולים בריאותיים-וסביבתיים וכפי ששם מעיד, הם מסמנים את היעד אליו יש לשאוף. ערכי הסביבה נקבעים על בסיס ערכי היעד, אך תוך התחשבות במדדים נוספים ובאפשרות ליישם בעת נתונה.

בעניין זה נפנה את בית המשפט הנכבד למאמרם של אריה ונגר ודפנה שלו וקורנבליט "העדפת ערכי בריאות וסביבה על פני ערכי כלכלה בחוק אוויר נקי" **חוקים** ז' 65, 91 (2015).

160. כהוראת סעיף 6 לחוק, קבע השר להגנת הסביבה תקנות ובהם הערכים המרביים המותרים ל"ערכי יעד" ו"לערכי סביבה". כאמור, במקרה דנן המזהם הרלוונטי הוא בעיקר חומר חלקיקי מרחף (P.M. 2.5). לעניין מזהם זה קובעות התקנות כדלקמן:

ערכי יעד (תקנות 2, ו-5(א))

חלק א'

טור ב'		טור א'		
פרק זמן נתון	ריכוז ממוצע מרבי במק"ג/מ"ק	נוסחה כימית	המזהם	מס' סידורי
יממה	25	P.M. 2.5	חומר חלקיקי עדין מרחף שקוטר	19.

שנה	10	חלקיקי קטן מ-2.5 מיקרומטר Respirable Particulate Matter
-----	----	--

ערכי סביבה (תקנות 3 ו-5(א) ו-1(ג))

חלק א'

מספר חריגות שנתי מותר	טור ג'	טור ב'		נוסחה כימית	טור א'	מס' סידורי
		פרק זמן נתון	ריכוז ממוצע מרבי במק"ג/מ"ק			
18	יממה שנה	37.5 25	P.M. 2.5	Respirable Particulate Matter	חומר חלקיקי עדין מרחף שקוטר חלקיקי קטן מ-2.5 מיקרומטר	19.

כעולה מהתקנות, **קיים פער ניכר בין ערכי היעד לבין ערכי הסביבה**. בנוסף, ערכי הסביבה מאפשרים הקלה נוספת במקרה זה ומתירים גם 18 ימי חריגה מעבר לערכי הסביבה (ומבלי לציין מהו הסף של חריגה זו).

161. לאור הפערים בין ערכי היעד לערכי הסביבה במקרה דנן ולאור הסטנדרטים המקלים יחסית המיושמים בישראל ביחס לעולם, עולה השאלה כיצד יש לקרוא את "מפת הדרכים" שהניח סעיף 6 לחוק במסגרת הליכי התכנון:

(א) האם ערכי היעד בחוק אויר נקי הם "הצהרתיים" בלבד ומהווים יעד שאליו יש לשאוף אך הוא בבחינת יעד אוטופי ובלתי מושג בעת הרלוונטית ועל כן אין להתחשב בו כלל במסגרת הליכי תכנון או החלטות שלטוניות אחרות ויש להתחשב רק בערכי הסביבה בלבד.

(ב) או, שמא, ערכי היעד מהווים מגדלור המתווה את הדרך לחוף המבטחים וסטייה ממנו במסגרת הליך התכנון צריכה, למיצער, **הצדקה מבוססת הנשענת על אדנים מוצקים ולאחר שנבחנו ונשקלו ברצינות, ביסודיות ובתום לב ולאחר קבלתה של תשתית עובדתית מלאה**, חלופות אחרות גם אם אינן שוות לחלופה שאינה עומדת בערכי היעד וזאת תוך מתן מקום מעשי לערכי היעד במסגרת הליך התכנון.

162. **עמדתנו היא שאין לראות בערכי היעד כערכים "הצהרתיים" גרידא. עמדה זו מתבקשת ומתחייבת:**

(א) נוכח **לשון החוק** הקובע, כפי שראינו, "שיש לשאוף להשיגם כיעד". שאיפה זו לא יכולה להיות בלבד פנימה בלבד, שאחרת לעולם לא נגיע להשגת היעד. רק אם ערכי היעד ישליכו על הליכי התכנון הלכה למעשה יש לשאיפה זו תוחלת.

(ב) נוכח **תכלית החוק** למנוע ולצמצם את זיהום האוויר. תכלית זו אינה עולה בקנה אחד עם

הצבת יעדים חסרי רלבנטיות מעשית.

(ג) נוכח ההיסטוריה החקיקתית, כפי שזו באה לידי ביטוי בדיון שנערך בוועדת הפנים והגנת הסביבה ביום 29.5.2007 בהצעת חוק אוויר נקי התשס"ו-2005. להלן נציג את חילופי הדברים המדברים בעד עצמם:

תומר רוזנר [יועץ משפטי לוועדת הפנים והגנת הסביבה]:

המשמעות האופרטיבית של כל אחד מהערכים שנקבעו כאן היא הערה נכונה ובמקומה, ואני יודע שהמשמעות האופרטיבית של כל אחד מהסטים של התקנות שיותקנו תבוא לביטוי בהוראות החוק הבאות. אני מבהיר שערכי היעד שמדובר בהם כאן אינם ערכים הצהרתיים שנועדו לשם הספר בלבד. לערכי היעד תהיה משמעות אופרטיבית, והחריגה מהם לא תהווה עברה. אבל בבואה של רשות התכנון לתכנן תוטל עליהם חובה להתחשב, להביא בחשבון. אני לא רוצה להיכנס כרגע לשאלה איזו משמעות אופרטיבית תהיה לכך, אבל בהחלט תהיה לתקנות של ערכי היעד משמעות אופרטיבית, ולכן אין מקומם בתוכנית לאומית, אלא בתקנות שהן בעלות פועל תחיקתי מובהק ליישום בעתיד...

היו"ר דב חנין:

אדוני היועץ המשפטי, אני רוצה לשאול שאלה גם אותך וגם את אנשי המשרד להגנת הסביבה ומשרד המשפטים בעניין ערכי היעד. לנוכח ההסתייגות של המשרד להגנת הסביבה להשמיט את המילים "בתוך תקופה" אני חושש ממצב שלמרות מה שאמר היועץ המשפטי ערכי היעד יהיו יעדים שיהיה להם אופי יותר דקלרטיבי, וחוצץ מהחובה להתחשב בהם בעת קביעת התוכנית הלאומית – שגם את זה אתם מציעים להוריד, אבל נראה לי שאת זה אין סיבה להוריד – השאלה היא האם אנחנו לא מחלישים מדי את הרעיון של ערכי היעד והאם אנחנו יכולים לקבוע בסעיף הזה בסיפא שערכי היעד יהיו בסיס לא רק לקביעת היעדים בתוכנית שתאשר הממשלה, אלא שערכי היעד ינחו את פעילויות רשויות התכנון -

תומר רוזנר:

זה מה שנקבע בתיקון עקיף.

היו"ר דב חנין:

הבנתי. ולא צריך להביע את זה בצורה כוללנית כבר בסעיף קטן 1?

רוני טלמור [לשכה משפטית, משרד המשפטים]:

אולי כדאי לשמוע שוב כי יכול להיות שיש אי הבנה לגבי מהות התפקיד ומהות הערכים האלה.

שולי נזר [ראש אגף איכות הסביבה המשרד להגנת הסביבה]:

זה המצב האופטימלי שהיינו רוצים - -

היו"ר דב חנין:

אנחנו כל-כך שרויים בתוך החוק הזה, ו"שורקים" "ערכי יעד", "ערכי סביבה" שאולי כדאי שהדברים ייאמרו בוועדה בצורה מסודרת.

שולי נזר:

בעיקרון ערכי יעד זה המצב האופטימלי. אלה ערכים שמגלמים מצב שבו אין פגיעה לא בבריאות, לא בסביבה ולא ברכוש. זה המצב שלולא היו לנו מגבלות כלכליות או רצונות אחרים לפיתוח וכדומה, היינו מיישמים אותם מחר בבוקר. לכן הם מהווים בעיקר יעד שאנחנו תמיד רוצים ושואפים להגיע אליו, ובמקרים מסוימים אנחנו גם יכולים להגיע אליו ולעמוד בהם בלוח זמנים קצר. מאחר שיש גם מגבלות מסוימות שקשורות - -

תומר רוזנר:

סליחה, האם ערכי היעד ישמשו קו מנחה בתכנון?

שולי נזר:

נכון.

תומר רוזנר:

יש להם משמעות אופרטיבית.

שולי נזר:

יש להם משמעות אופרטיבית בתכנון, ברישוי, בהרבה מאוד דברים.

תומר רוזנר:

הם לא דקלרטיביים.

היו"ר דב חנין:

הם בוודאי לא דקלרטיביים.

שולי נזר:

נכון. הם לא דקלרטיביים

אריה נייגר [התאחדות התעשיינים – א.מ.]:

זה לא מסתדר עם מה שאמרת קודם.

שולי נזר:

זה מסתדר.

אריה נייגר:

כאשר יש מגבלה טכנולוגית אי אפשר לגשר עליה בהליכי תכנון.

שולי נזר:

אפשר לגשר עליה בהליכי תכנון כאשר אתה בודק האם אתה יכול לעמוד באותו ערך יעד, מה המשמעות של אותו ערך יעד, והאם האמצעים שתנקוט הם סבירים. כך שאתה חייב לבדוק, זאת השאיפה, שם היינו הכי רוצים להיות; אבל אם האמצעים הטכנולוגיים שצריך להשקיע הם לא סבירים, ואתה מוכיח את זה בהליך התכנון או הרישוי אז יש שיקול דעת של הרגולטור לתת לך הקלה - [ההדגשות הוספו]

רצ"ב כנספח לו' העתק פרוטוקול הדיון בוועדת הפנים והסביבה מיום 29.5.2007.

(ד) ולבסוף פרשנותנו את החוק נתמכת בניתוח המלומדים בתחום. יפים לעניין זה דברי ונגר ושלר-קורנבליט (שם, בעמ' 91) המתייחסים לאופן בו קביעת ערכי היעד בחוק ישפיעו על הליכי התכנון הלכה למעשה:

שיפור מעמדי זה יקבל ביטוי לדוגמה בתחום תסקירי השפעה על הסביבה. כאמור לעיל, בעבר היה נהוג להשוות במסגרת תסקיר ההשפעה על הסביבה את ערכי האוויר למצב איכות האוויר הצפוי לאחר ביצוע התכנית. להבנתנו, עתה, לאחר חקיקת חוק אוויר נקי יש להתייחס במסגרת תסקיר להשפעה על הסביבה לערכי יעד אשר מגלמים את מצב איכות האוויר האופטימלי שאליו יש לשאוף. זאת כיוון שבתסקיר השפעה על הסביבה יש להציג את כלל ההשפעות הסביבתיות השליליות הצפויות מיישום התכנית, וכפי שעולה מקריאה תכליתית של החוק, אי עמידה בערכי היעד מהווה השפעה שלילית על הסביבה. בנוסף, לעניין הכרעת מוסד התכנון בין החלופות המוצעות בתסקיר ההשפעה, חוק אוויר נקי, לעומת המצב שקדם לו, מחזק את מוסד התכנון בבחירת חלופה "סביבתית יותר", בשל קיומו של יעד מדינתי מוגדר [ההדגשות הוספו].

163. מכל האמור עולה, כי המחוקק ביקש להעניק לערכי היעד מעמד מעשי אשר, בין היתר, ינחה

את מקבלי החלטות בבואם לתכנן מיזמים חדשים. כאמור, קביעה זו נשענה, בין היתר, על עמדה חד משמעית של נציגי המשרד להגנת הסביבה לפיה, ערכי היעד אינם דקלרטיביים וכי יש להם משמעות אופרטיבית בתכנון ובריטוי.

164. והנה כעת, השתנו העיתים. כיום עמדת המשרד להגנת הסביבה שהוצגה למועצה הארצית היא שדי בעמידה בערכי הסביבה שבחוק כדי להכשיר את התוכנית. אותם אנשים, שהציגו בכנסת בוועדת הפנים והגנת הסביבה את העמדה לפיה יש משמעות מעשית לערכי היעד ושיש לקחתם בחשבון במסגרת הליכי התכנון, טוענים היום אחרת.

עד כמה שהדבר מעורר פליאה, אלו הם לצערנו פני הדברים. המציאות עולה על כל דמיון. כך למשל, גב' שולי נזר, סמנכ"לית תעשיות במשרד להגנת הסביבה (שכאמור, הדגישה בדיונים בהצעת חוק אוויר נקי כי ערכי היעד ישמשו קו מנחה בתכנון), הציגה בדיון שנערך בוועדת הכלכלה בנושא שדה בריר, עמדה לפיה כלל לא ניתן ליישם בישראל את ערכי היעד ביחס לחלקיקים. וכך היא אומרת:

הפרויקט עומד בתקנים המחמירים של חוק אוויר נקי...אי אפשר לעמוד בשום מקום בתקני היעד לחלקיקים. גם אם ניכנס למערות ולא ניסע בכלי רכב, אי אפשר יהיה לעמוד בתקני היעד במדינת ישראל, מהסיבה שאנחנו נמצאים במיקום גיאוגרפי מסוים ויש לנו אבק טבעי.

לכך הגיב חבר הכנסת דב חנין (ששימש כאמור כיו"ר הדיונים שנערכו בהצעת חוק אוויר נקי), כדלקמן:

מילה על המשרד להגנת הסביבה. אני שמעתי בצער גדול את דברי גברת נזר שאני מאוד מאוד מעריך. המשרד להגנת הסביבה צריך להגן על הסביבה, לא צריך להגן על המזהמים. המשרד להגנת הסביבה צריך לכבד את החוק שהכנסת חוקקה. ערכי יעד, גברתי, הם לא משהו שאנחנו כתבנו אותו בחוק לשם הנימוס. ערכי יעד הם דבר שצריך להנחות את מערכות התכנון כאשר הן מתכננות דברים. אנחנו לא יכולים לכפות על מפעל קיים את ערכי היעד, לכן יש לנו ערכי סביבה, אבל מצד שני לא כתבנו את ערכי היעד כדי שיהיו כתובות מילים יפות בחוק ואין לנו כוונה לבצע את זה. הכוונה בערכי היעד זה שנתקדם ליעד הזה. איך מתקדמים ליעד הזה אם עושים בדיוק את ההיפך, אם מוסיפים זיהום במקום שמשרד הבריאות מציע לא להוסיף אותו? זה אומר לצפצף על חוק אוויר נקי. זאת המשמעות המעשית של זה.

רצ"ב כנספח לז' העתק פרוטוקול הדיון בוועדת הכלכלה של הכנסת מיום 30.5.2016.

165. זאת ועוד, עמדת המשרד להגנת הסביבה, כעולה מדברי נציגת המשרד הנ"ל, לפיהם לא ניתן לעמוד בערכי היעד במדינת ישראל בכול הנוגע לחלקיקים נשימים, נמצאת בסתירה ל"מסמך עבודה להכנת תכנית לאומית למניעה וצמצום של זיהום האוויר בישראל" מ-2012. (להלן: "מסמך העבודה"). במסמך העבודה מבהירים מומחי המשרד להגנת הסביבה, כי אמנם יש בישראל באופן כללי ערכים גבוהים של חלקיקים נשימים, אך דווקא בשל כך יש להקפיד על צמצום התרומה מפעילות בני האדם. ראו בעמ' 92 למסמך העבודה:

**ריכוזי הרקע הגבוהים מחייבים טיפול קפדני במקורות הפליטה
אנתרופוגניים (מעשה ידי אדם) אשר תורמים לריכוז חלקיקים
בסביבה והשקעת מאמץ בצמצום הפליטה ממקורות אלו למינימום
אפשרי.**

ובהמשך, בעמ' 92-93 למסמך העבודה, מרחיבים מחברי המסמך על תרומת המחצבות והצורך דווקא להתמקד בצמצום של פליטת חלקיקים נשימים מסקטור זה, המהווה לגישתם מקור מרכזי לפליטת חלקיקים:

**העלייה בקצב הפליטה ממחצבות ותרומת פעילות זו לריכוזי
החלקיקים בסביבה מחייבת את העמקת הטיפול בסקטור. יש הכרח
בהעמקת הידע המקצועי הקיים כיום במשרד להגנת הסביבה בנושא
המחצבות. כמו כן יש לבחון את אופן הפחתת הפליטות ממחצבות ואת
האמצעים הקיימים בעולם להפחתת הפליטות מסקטור זה. על כן
אחת מההמלצות החשובות של התוכנית הלאומית היא גיבוש תכנית
פעולה ייעודית להפחתת פליטות של חלקיקים נשימים ממחצבות
שתכלול אמצעי מדיניות מומלצים.**

רצ"ב כנספח לח' תקציר מנהלים מתוך המסמך להכנת תכנית לאומית למניעה וצמצום של זיהום האוויר בישראל מיום 1.1.12.

166. באופן פגום ובלא הסבר מניח את הדעת, בכל הקשור לכריית פוספטים במרבץ זוהר דרום, בחר המשרד להגנת הסביבה להתעלם מהוראות מסמך העבודה והתוכנית הלאומית, לצמצם למינימום האפשרי פליטת חלקיקים עדינים ממקורות אנתרופוגניים. את מקומן תפסה גישה הפוכה, לפיה מאחר ובישראל יש באופן טבעי ערכים גבוהים של חלקיקים נשימים, החוצים לא אחת את סף ערכי היעד, אזי ניתן להתעלם לחלוטין מהשאיפה לעמוד בערכי היעד שבחוק אויר נקי ולאשר זיהום חלקיקי ממקורות אנתרופוגניים שיתווסף לזה הטבעי.

167. מסמך העבודה אומץ במסגרת התוכנית הלאומית למניעה ולצמצום זיהום אוויר (להלן: "התוכנית הלאומית"). החלטת המועצה הארצית על אישור תמ"א 14/ב, המתעלמת מהשאיפה לעמוד בערכי היעד ומהדרישה לצמצם למינימום האפשרי פליטה של חלקיקים עדינים ממקורות אנתרופוגניים, עומדת גם בסתירה לתוכנית הלאומית. יוער, כי הכנת התוכנית הלאומית מחוייבת מתוקף הוראות סעיף 5 לחוק אוויר נקי, ואושרה על ידי הממשלה ביום

.25.8.13

רצ"ב כנספח לט' החלטה הממשלה על אישור התכנית הלאומית מיום 25.8.13.

168. זה המקום גם לציין, שלפי סעיף 5(א)(1) לחוק אוויר נקי, התכנית הלאומית צריכה לקבוע יעדים ארציים ואזוריים לצמצום זיהום אוויר "בשים לב לערכי היעד שנקבעו לפי סעיף 6(א)(1)". סעיף זה מדגיש, איפוא, את העובדה שערכי היעד אינם ערכים הצהרתיים גרידא.

169. כפי שראינו, אל מול המשרד להגנת הסביבה ניצב משרד הבריאות, שציין כי התוכנית חוצה קווים אדומים של הרף המקובל במדינות המערב, ושיש לבחון במסגרת החלופות את השיקול הבריאותי. לפי גישה זו, העובדה כי התוכנית עומדת בערכי הסביבה אינה פוטרת משקילת השיקול הבריאותי והצורך לבחון את מניעתו ולמצער את צמצומו.

170. נמצא, איפוא, כי בין הגופים האמונים שקילת האינטרס הציבורי - האחד, הנוגע לבריאות הציבור והאחר הנוגע להגנה על הסביבה - נוצרה מחלקת משפטית מהותית באשר לפרשנותו ויישומו של חוק אוויר נקי. במקרה דנן, הוכרעה המחלוקת על-ידי המועצה הארצית, שביכרה, כלאחר יד ובלא עבודת מטה מעמיקה, את עמדת המשרד להגנת הסביבה על פני זו של משרד הבריאות, והפכה את חוק אוויר נקי למכשיר להלבנת סיכונים בריאותיים, ולמניעת הצורך לבחון חלופות מידתיות יותר, במיוחד כאשר הגורם האמון על בריאות הציבור במדינת ישראל - משרד הבריאות - מרים דגל שחור מעל ההחלטה ומתנגד לה בשל הסכנה לחיים ולבריאות החוצה את הרף המקובל במדינות המערב.

171. כבר כאן ראוי להעיר שהכרעה עקרונית זו ראוי היה לה שתיעשה באופן יסודי ורציני. ראוי היה לבקש את עמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין הפרשנות הנכונה לאופן יישום הוראותיו של חוק אוויר נקי בעניין חשוב זה אשר עלול להשפיע לרעה על חייהם ובריאותם של כ- 55,000 תושבי האזור, אך כזאת לא נעשה.

172. עדות למורכבות הסוגיה ולצורך בהכרעה עקרונית של בית המשפט בעניין, עולה גם מהחלטה של ועדת המשנה לעררים של המועצה לארצות מיום 11.7.16, אשר עסקה בשאלת הרחבת מתחם בתי הזיקוק בחיפה (להלן: "עניין קרקעות הצפון"). במקרה זה, **ובניגוד בולט למקרה נשוא עתירה זו**, פעלה הוועדה בהתאם לחובתה לבחון את יישומם של ערכי היעד והטמעתם בתוכנית. הוועדה מסבירה את ההיגיון מאחורי קביעה זו באופן הבא:

נציין כי הגם שחוק אוויר נקי אינו מחייב לעמוד בערכי יעד, העיקרון הקבוע בהוראותיו הינו שאיפה לעמידה בערכי יעד שהינם מבוססי בריאות, מכוח עיקרון הזהירות המונעת. לפי החוק, יש לפעול לצמצומו של "זיהום אוויר" הכולל חריגה מערכי יעד גם ללא חריגה מערכי סביבה. כך לפי סעיף 5 לחוק, על הממשלה לקבוע יעדים לצמצום זיהום האוויר, על הרשויות המקומיות לפעול למניעה

ולצמצום של זיהום האוויר הנגרם בתחומן לפי סעיף 9 לחוק, וכן בסמכות הממונה לתת הוראות לשם מניעה וצמצום של זיהום האוויר לפי סעיף 41 לחוק.

עוד נקבע בסעיף 20(ב)(1) לחוק אוויר נקי כי בבוא הממונה ליתן היתר פליטה, ישקול בין שאר השיקולים את "השפעת פליטת המזהמים הצפויה ממקור הפליטה על אפשרות השגת ערכי יעד או ערכי ייחוס". סעיף 33(א) לחוק אוויר נקי מפנה לשיקולים המפורטים בסעיף 20(ב) גם באשר לרישוי עסקים שאינם טעונים היתר פליטה.

הגורמים המוסמכים על פי דין, כל אחד בתחום סמכותו, רשאי ומוסמך לדרוש עמידה בערכים מחמירים יותר מערכי הסביבה, הוא הדין באשר למוסדות התכנון.

הנה כי כן, דעתנו היא כי בסמכותו של מוסד תכנון במקרים חריגים וייחודיים, לקבוע עמידה בערכי יעד, הגם שהם אינם ערכים מחייבים על פי חוק אוויר נקי, אלא ערכים שהחוק מתייחס אליהם כערכים שיש לשאוף אליהם.

...

לאחר ששקלנו את מכלול הטענות והתשובות להן ולאור עמדת משרד הבריאות כפי שהוצגה בפנינו בדיונים, שוכנענו כי העיקרון בדבר ערכי היעד בשכונות הגובלות הוא עיקרון בריאותי, ראוי ומתחייב בנסיבות העניין.

רצ"ב כנספח מ' החלטת ועדת המשנה לעררים מיום 11.7.16.

173. החלטת ועדת המשנה לעררים הנ"ל נדונה על ידי המועצה הארצית ביום 6.6.2017. הקביעה שיש להטמיע את ערכי היעד בתוכנית לא נמצאה במחלוקת, ואושרה על-ידי המועצה הארצית לצד יתר הנושאים שנמצא שיוותרו על כנם.

רצ"ב כנספח מא' החלטת המועצה הארצית בעניין "קרקעות הצפון" מיום 6.6.2017.

174. בדומה להחלטת המועצה הארצית בעניין קרקעות הצפון בנושא הרחבת בתי הזיקוק, היה עליה לבחון את היתכנות הכרייה במרבץ זוהר דרום על בסיס ערכי היעד. הרי, לא יעלה על הדעת שתכנון של מכרה לכריית 179 מיליון טון פוספטים, בסמיכות לכ- 55,000 תושבים כאשר משרד הבריאות מתנגד לכך בעקביות ובנחרצות, לא ייחשב כאחד מאותם מקרים חריגים וייחודיים בהם היה "ראוי ומתחייב" שהמועצה הארצית תיישם את הסטנדרט של ערכי היעד.

ההחלטה של המועצה הנכבדת להתחשב בערכי היעד בעניין קרקעות הצפון ולא להתחשב בהם בעניין הכרייה בשדה בריר מעיד כאלפי עדים על היעדרה של מתודה סדורה ומבוססת בנושא

ואף יש בה כדי להעלות שאלות רבות נוספות ביחס לעמדה שננקטה על-ידי המשרד להגנת הסביבה בעניין והשפעתה של עמדה זו על המועצה הארצית בקבלת שתי החלטות אשר המתודה המצויה בבסיסה של אחת סותרת באופן מובהק את האחרת.

175. כך או כך, ולגופם של דברים, הקביעה של המועצה הארצית לתכנון ולבנייה, המאמצת את עמדת המשרד להגנת הסביבה במקרה בו עוסקת עתירה זו, נשענת, בכל הכבוד, על שגיאה משפטית מהותית.

176. היא מרוקנת מכל מתוכן את המדד של ערכי יעד הקבוע בחוק אוויר נקי וזאת בניגוד לתכלית החקיקה ובניגוד לכוונת המחוקק, וקובעת את ערכי הסביבה כמדד היחיד והבלעדי לאישורו של פרויקט תשתית שיש בו סכנה לחיי אדם. כמפורט לעיל, פרשנות זו אינה מתיישבת עם כוונת המחוקק ואף אינה מתיישבת עם תכלית החקיקה אשר נועד לשפר את איכות האוויר באמצעות יישומו של החוק ולא להרע אותו ואף אינה מתיישבת גם עם החלטות אחרות של המועצה הארצית כפי שהודגם לעיל בעניין "קרקעות הצפון" ועם הוראות התוכנית הלאומית שאוזכרה לעיל.

177. **לאור האמור לעיל, קריאה נכונה של החוק מחייבת שתכנון של פרויקטים חדשים יעשה תוך ניסיון כן ורציני לעמוד בערכי היעד גם במחיר של בחירה בחלופה שיתכן והיא כדאית פחות מבחינות אחרות.** בנוסף וכאמור לעיל, סטייה מסטנדרט זה תיעשה רק כאשר המדובר בפרויקט שהוכח כחיוני לחברה וכאשר נמצא, לאחר בדיקה ממצה ויסודית, כי אין חלופות אחרות שאינן עומדות בסתירה לערכי היעד או מידתיות יותר בהשוואה אליו. לעניין זה חשוב לחזור ולהזכיר, כי המחוקק בחר במודע להשתית את ערכי היעד על ערכים בריאותיים וסביבתיים ולא על ערכים כלכליים.

178. בנוסף, הטעות המשפטית בהבנת חוק אוויר נקי לא הייתה רק נחלת המועצה אלא גם נחלת מנכחי מסמך המדיניות עליו היא נשענה. במקרה דנן, נבחנו שתי חלופות מרכזיות: חלופת זהר דרום וחלופת ערבה. אך אלה נבחנו, למעשה, במנותק מהוראות חוק אוויר נקי. נפנה את בית המשפט הנכבד לאופן בו מסמך המדיניות מסכם את הבחירה ביניהן (עמוד 65 למסמך המדיניות, נספח ג' לעיל):

מההשוואה עולה באופן ברור כי חלופת "זוהר דרום" הינה עדיפה מבחינה גיאולוגית הנדסית כלכלית וסביבתית. בנגב המרכזי והערבה ישנן עתודות בשיעורים גדולים, אך מדובר בעתודות משוערות בסקר גיאולוגי ראשוני הטעונות בדיקות נוספות לצורך הגדרתן כעתודות מוכחות. הפוספט באזור דרום מתבלט באיכותו ובפגיעה מינימאלית בערכי סביבה, זאת אל מול קרבה לריכוזי אוכלוסייה.

כלומר, על הפרק עומדת בחירה בין חלופה שאינה עומדת בערכי היעד מבחינת הסיכון הבריאותי-סביבתי שהיא מציבה לבין חלופה ששאלת הסיכון הבריאותי אינה רלוונטית לה,

מכיוון שאינה סמוכה לאזורים מיושבים.

179. מתכונת הבחירה בחירה בחלופת זוהר, שיש לה (לכאורה) יתרונות גיאולוגיים, הנדסיים, כלכליים וסביבתיים (שאינם בריאותיים) נוגדת את הוראות חוק אוויר נקי. כיצד זה ניתן היה להימנע מבדיקת העתודות המשוערות היכולות היו לצמצם את הסיכון לחיים ולעמוד גם בערכי היעד של החוק? נזכיר כי החוק מאמץ את עיקרון הזהירות המונעת שעל-פיו, כאמור, כאשר מתעורר חשש לפעולה שתפגע בבריאות הציבור יש להעדיף חלופה אחרת שאינה מסכנת את חייו ובריאותו של הציבור או לבחון את האפשרות לצמצמה. עיקרון זה אומץ והוטבע כבר בסעיף 1 לחוק אוויר נקי. כאמור, התכלית החקיקתית שבבסיס חוק אוויר נקי מחייבת בחינה של פרויקטים עתידיים מבעד לפריזמה של ערכי היעד. ראייה זו מתיישבת עם עקרון הזהירות המונעת ויוצרת הסדר חקיקתי עקבי ואחיד, לפיו בהינתן בחירה בין כמה חלופות, יש לבחור בזו שאינה יוצרת סיכון בריאותי.

ולעניין זה נפנה לדבריה הנכוחים של גבי הדסה אדן, מהנדסת מחוז דרום במשרד הבריאות, מיום 11.7.2012 למר אבי הלר, יו"ר הועדה המחוזית במחוז דרום של משרד הפנים (היום – משרד האוצר) בנושא "תוכנית מספר 140/03/24 – אתר שדה בריר". ראו הדברים:

**כפי שהבהרנו במכתבים קודמים לאתר שדה בריר חלופות אחרות
בנגב, במקומות רחוקים מריכוזי אוכלוסייה. יש לקדם אתרים אלה
לאישור. לבריאות האוכלוסייה אין תחליף!**

רצ"ב כנספח מב' העתק מכתבה של גבי הדסה אדן, מהנדסת מחוז דרום במשרד הבריאות, מיום 11.7.2012 למר אבי הלר, יו"ר הועדה המחוזית במחוז דרום של משרד הפנים.

180. סטיית המועצה הארצית בהחלטתה מכל אלה הופכת את ההחלטה לבלתי סבירה בעליל, ואף לבלתי חוקית.

**ג.5(ד) המועצה הארצית נמנעה מלגבש סדרי עדיפויות במימוש הכרייה כך
שהכרייה באזורים מאוכלסים תבוצע רק בליט ברירה, לאחר ניצול העתודות
באזורים הלא מאוכלסים**

181. הטעות המשפטית של המועצה הובילה אותה להפר את חובתה לשקול חלופות המסכנות פחות את החיים ואת הבריאות.

182. כזכור, עמדה בפניה האפשרות לקדם כריית פוספטים בכמה אתרים חלופיים. רובם מרוחקים מאזורי מיושבים ואחד מצוי באזור המאוכלס בעשרות אלפי תושבים. והנה במקום ליצור סדר עדיפויות לכרייה כך שזו תתבצע תחילה באזורים שאינם מאוכלסים, ובכך תמנע את הסיכון לחיים ולבריאות, היא החליטה להימנע מיצירת סדר עדיפויות כזה, ומכאן שנתנה היתר

לקידום מידי של תכניות לכריית פוספטים דווקא בשדה בריר, ודווקא בסביבה המאוכלסת על ידי עשרות אלפי תושבים.

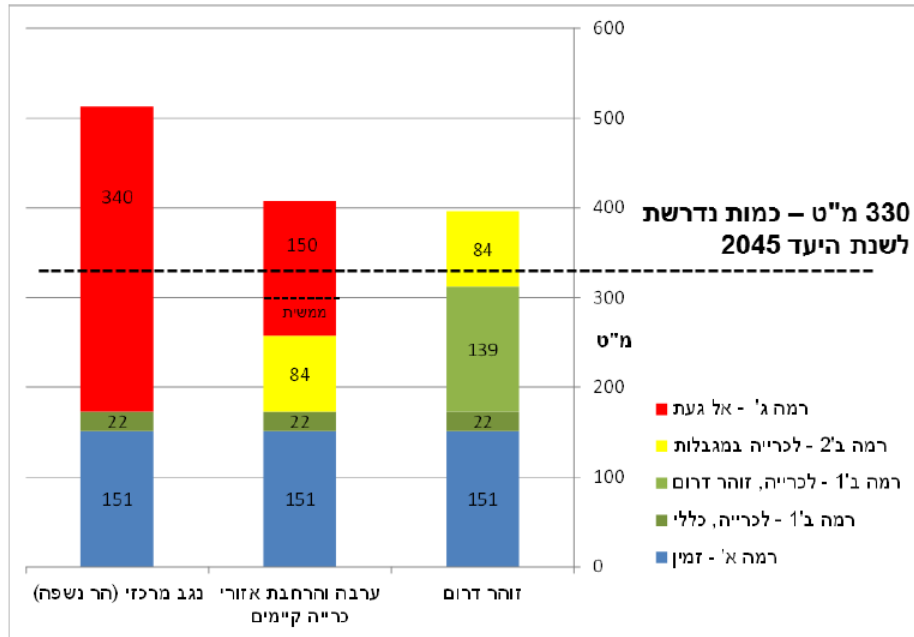
183. מהלך זה של המועצה הארצית כלל לא התחייב נוכח הנתונים שעמדו בפניה. המועצה יצאה מנקודת הנחה ולפיה משנת 2010 ועד לשנת 2045 (שנת היעד) זקוקה התעשייה ל- 289 מיליון טון פוספט. למרות חלקיות המידע המוצהרת בהמלצות הועדה לבחינת משק הפוספט (כפי שיובהר להלן), נקבע במסמך המדיניות כי כמות העתודות הזמינות כיום היא כ- 151 מיליון טון. **על בסיס הדברים האמורים, קובע מסמך המדיניות כי יש לאתר תוספת של 138 מיליון טון פוספט באזורים אחרים בהם לא מבוצעת כרייה כיום.** על-פי מסמך המדיניות, כדי להמיר את הצורך בכמות זו במונחים של עתודות משוערות (ולא עתודות זמינות), יש להוסיף 30% לכמות האמורה. לפיכך, על-פי מסמך המדיניות, יש לאתר **כמות של 179 מיליון טון עתודות משוערות עד לשנת היעד** (עמ' 35 למסמך המדיניות).

184. לשם עמידה ביעד זה קיימות כמה חלופות. אלה פרושות ברחבי הנגב כולו כעולה ממפה 12 של מסמך המדיניות.

רצ"ב כנספח מג' העתק מפה 12 במסמך המדיניות.

185. על מנת להגיע ליעד הנכסף של כמות הפוספטים הנדרשת ניתן להורות על כרייה בחלק מהחלופות הללו או בכולן, וכך לאסוף טון לטון עד לרוויה. בפני המועצה הארצית עמדו כמה תרחישי כרייה שסוכמו בעמ' 67 למסמך המדיניות. לשם נוחות נציג תרחישים אלה כאן.

איור 10. תרחישי כריית פוספט – עתודות זמינות, עתודות לכרייה ועתודות לכרייה במגבלות, במיליוני טון



186. הנה כי כן, היעד לכרייה עומד על 330 מיליון טון. כאמור במסמך המדיניות, 151 מיליון כבר קיימים היום באזורי הכרייה הקיימים (על סמך מידע חלקי שקיים בידי רשויות השלטון). זוהי המשבצת המסומנת בתחתית שלושת החלופות. 22 מיליון טון אפשריות גם כן לכרייה ברמת זמינות גבוהה (המשבצת השנייה מלמטה המסומנת בכל אחת מהחלופות) ועליהם יש להוסיף 84 מיליון טון ברמת ביניים של זמינות (המשבצת המסומנת שלישית מלמטה בחלופת "ערבה" והרביעית מלמטה בחלופת "זוהר דרום") - המסתכמים בתוספת של 106 מיליון טון ובסך הכול לכמות של 257 מיליון טון זמינים לכרייה עד לשנת היעד (2045), מתוך 330 מיליון טון אותן יש לאתר.

לפיכך, נותרנו עם מחסור בן 73 מיליון טון בלבד אם נאמץ את נתוני מסמך המדיניות כלשונו באשר לצורך בחישוב שולי ביטחון של 30% המהווים בעצמם 41 מיליון טון.

187. כלומר, קיימת אפשרות ממשית ליצור סדר עדיפויות לכרייה בו משיגים כמעט 80% מכמות היעד ללא כל סיכון של אוכלוסייה, וזאת אם המועצה תורה על כרייה תחילה באזורים הרחוקים מריכוזי האוכלוסייה. זהו נתון מדהים שכלל לא נדון בהחלטת המועצה. על כך יש להוסיף את השיקולים הבאים:

(א) האחוז שניתן לכרות מאזורים לא מאוכלסים הוא גבוה עוד יותר, שכן היעד של 179 מיליון טון שיש לכרות מעבר לכמות המצויה בשדות הכרייה הקיימים הוא גדול ב- 30% וזאת מטעמי זהירות. לכן, יתכן ויתברר כי הכמות הנדרשת לכרייה נוספת נמוכה יותר.

(ב) ייתכן והכמות הקיימת בשדות הכרייה הקיימים היא גבוהה יותר מזו שהמועצה לקחה

בחשבון. מסתבר שלנגד עיני המועצה לא עמדו הנתונים המלאים בעניין זה, והיא נאלצה להסתמך על הנתונים שמסרו לה היזמים, כפי שיפורט בהרחבה להלן, שהם בעלי עניין להציג כמות נמוכה של פוספטים זמינים; כמובן שאם יתברר כי כמות הפוספטים הזמינה היא גדולה יותר יקטן הצורך בכרייה נוספת במקומות אחרים.

ג) קצב הכרייה בפועל יכול שיהיה נמוך יותר, וייתכן שיחולו שינויים בענף הכרייה שייתרו את הצורך בניצול מלוא הכמות המתוכננת.

על רקע זה ניתן להגיע לכרייה של מעל ל – 80% מהכמות המתוכננת של הפוספטים ללא פגיעה בחיי אדם וללא סיכון חמור לבריאותם, והכול על ידי יצירת מדרג לפיו תחילה תתבצע הכרייה באזורים הלא מאוכלסים. יצירת מדרג זה אף היתה מובילה לכך שכרייה באתר שדה בריר היתנה נדחית למועד רחוק הרבה יותר שכן בקצב הכרייה שאושר במסמך המדיניות (7.5 מליון טון לשנה) הכמות האמורה העומדת על 257 מליון טון תספיק למשך שלושה עשורים לפחות, בהם יתכן ותימצאנה טכנולוגיות או שיטות כרייה אשר יאפשרו את ניצול המשאבים בדרך יעילה יותר וללא הצורך בכרייה בסמוך לישיבים בהם מתגוררים עשרות אלפי תושבים.

188. לנתון זה הגענו ללא שנדרשנו כלל לעתודות הקרקע שסומנו בתוכנית כ"אל געת" וזאת נוכח ערכי הטבע שבהן. אלא שקשה להבין מדוע יש להותיר אזורים אלה מחוץ לתכנון לחלוטין. הבחירה אינה צריכה להיות בין הכול לבין לא כלום. ככל שמדובר היה בצורך לכרות את רוב הכמות המתוכננת מאזורים אלה, הרי שהשלכות הכרייה על הטבע היו הרסניות. אולם אם מדובר בכרייה של 20% מהכמות המתוכננת או פחות, מדוע זה כה ברור שאין לשקול את ניצול עתודות הקרקע האלה או את חלקן?

כשבוחנים את הדברים מזווית ראייה זו אין זה ברור מדוע ערכי הטבע צריכים לקבל עדיפות כה גורפת על פני אוכלוסיית ערד, כסייפה ואל-פורה. אין זה כה ברור מדוע הטבע צריך לגבור על החיים ולא להפך.

189. והנה, לא רק שהמועצה הארצית הנכבדה נמנעה מליצור מדרג של עדיפויות בכרייה, לפיו תנוצלנה תחילה העתודות שאינן מסכנות חיים, אלא שהיא ביצעה את הפעולה ההפוכה. **גורמי התכנון ציינו כי יש לכרות תחילה דווקא בשדה בריר, תוך סיכון האוכלוסייה!** כך, במסמך המדיניות (נספח ג' לעיל), אשר המלצותיו אומצו על ידי המועצה הארצית, נכתב ביחס לכרייה במקום ש"מדובר בחלון הזדמנויות קצר מועד שאי ניצולו יוריד לטמיון גם שארית זו". (שם, בעמ' 39). ובמקום אחר נכתב (שם, בעמ' 68):

במידה ועתודות הפוספט בבקעת ערד לא ינוצלו בטווח הקרוב, תהליכי הפיתוח במרחב יביאו בתוך שנים ספורות לחיסול האפשרות המעשית לכרייה.

190. בכך נוצר הסדר מעוות מאין כמותו – במקום לדחות את הסכנה, ניתן האור הירוק להתחיל דווקא במקום המסוכן ביותר, וזאת בניגוד גמור לחובות החוקתיות להגן על החיים ועל הבריאות, ובניגוד גמור לעקרון הזהירות המונעת. כיצד ניתן להסביר עובדה זו? ההסבר הוא פשוט. הוא נובע מהעובדה שעמדת המועצה היא שהכרייה בשדה בריר היא בהתאם להוראות חוק אוויר נקי, בהינתן ערכי הסביבה שבחוק, ושהיא פטורה מהחובה לבחון חלופות המסכנות פחות את החיים, לייחס משקל לערכי היעד שבו.

191. טעות זו מובילה את המועצה להימנע מליצור סדר עדיפויות בכרייה, שהוא אפשרי בהחלט, והמונע לחלוטין את הסיכון לחיי אדם. זוהי, בכל הכבוד, הפרה גסה של הדין.

ג.5(ה) המועצה הארצית לא ייחסה את המשקל הנאות להשלכות ההרסניות של פינוי אלפי אזרחים בדואים מאדמתם

192. תושבי הכפר אל-פורעה, המונים היום כ- 10,000 תושבים, יושבים על אדמותיהם עוד טרם קום המדינה. הכפר נמצא בהליכי הכרה מזה כעשור. בהתאם, הפקידה המועצה הארצית ביום 28.3.2007 את תכנית מתאר מחוזית חלקית-תמ"מ/59/14/4, אשר במסגרתה הוחלט על הכרה באל-פורעה כישוב חדש וכן על צמצום אתר הכרייה המתוכנן כדי לאפשר את הקמת היישוב. בין היתר, ההחלטה התבססה על כך שלא ניתן ליישב את תושבי אל-פורעה בישוב אחר, כדלקמן:

אנחנו בחנו את הפתרונות, כי בטח יהיו טענות שלקבוצות האוכלוסייה האלה יש פתרונות במקומות אחרים. כבר במאי 2003 כשבחנו עם מנהלת הבדווים את הפתרונות לאוכלוסייה הבדווית שרשומה על פי שבט במשרד הפנים... נאמר בפירוש, מרבית השבט מתגורר דרומית מערבית לערד, לא ניתן להצביע על פתרון מגורים למרבית השבט, לא ביישובים הקיימים ולא המתוכננים.

רצ"ב כנספח מד' פרוטוקול דיון משיבת הולנת"ע מיום 17.1.2006.

193. והנה, לא הרבה שנים לאחר הפקדת התוכנית האמורה, הפכה המועצה הארצית את עמדתה. במסגרת תמ"א 14/ב קובעת המועצה הארצית לא רק שאתר הכרייה לא יצומצם אלא יוכפל פי 2 וכן כי ניתן לפנות את התושבים ליישוב אחר וכי פינוי כאמור יצור מצב של "win-win situation" כאמור במסמך המדיניות - עד כמה שהדברים נשמעים תלושים מכל הבנה או הפנמה של המשמעותיות מרחיקות הלכת של סילוקם של אלפי תושבים מבתיים על המשמעויות האישיות, המשפחתיות, השבטיות, החברתיות והמדיניות של פעולה זו.

למרות הסתירה הברורה, לא טורחת המועצה הארצית לפרט לאן עתידים לעבור תושבי הכפר וכיצד נוצרו יש מאין פתרונות שלא היו קיימים לפני כעשור. בעקבות תמ"א 14/ב עוכבה התוכנית להקמת ישוב קבע באל-פורעה.

194. ההחלטה על פינוי התושבים התקבלה מבלי שניתן המשקל הראוי להשלכותיה הדרמטיות. במקום זאת, במה שנדמה כי הפך לשיטה בפעילות ובהחלטות המועצה הארצית בכול הנוגע לשדה בריר, קודם נורה החץ ורק לאחר מכן סומנה המטרה. כך, "נורתה" ההכרעה בדבר הקמת מכרה פוספטים בזהר דרום ועתה נותר "לסמן את המטרה" באמצעות התכנית המפורטת. באופן דומה החליטה המועצה הארצית על פינוי התושבים הבדואים, בהותירה את ההחלטה כיצד (ולא האם) לעשות כן להמשך. זאת, מבלי שנערך שיתוף ציבור ראוי, ללא בחינת חלופות ראויה, מבלי לדון עם תושבי אזור הכרייה כלל ומבלי שהובאה בחשבון הטלטה הלאומית-חברתית הצפויה בעקבות הפינוי. כעת, כל נסיון לבוא בדין ודברים עם התושבים יבוצע כאשר חרב הפינוי מרחפת מעל ראשי התושבים ולא מותירה להם מרחב תמרון ממשי מצב של חוסר הוגנות של ממש בעת בה תוכניות הכרייה מקודמות ללא קשר לשמיעת עמדתם של תושבי האזור.

195. המועצה, שכאמור החליטה בעבר על הקמת ישוב חדש לאוכלוסייה זו, הייתה מודעת לקיומם של הבדואים במרחב הכרייה עצמו. למרות זאת ההתייחסות לפינוי האוכלוסייה הייתה, בכל הכבוד, פשטנית ואף רחוקה מכל הבנה או הפנמה של ההשלכות האמיתיות של החלטה זו. כך, במסמך המדיניות, שאת המלצותיו אימצה המועצה הארצית, ישנה התייחסות לנוכחות הבדואים תחת הכותרת (המרמזת על היחס המבטל כלפי אוכלוסייה זו): "**חסמים לניצול עתודות**" – הנה כך, באופן כה מבטל ומשפיל, הפכו אלפי אזרחים הממלאים את חובתם למדינה ל"**חסמים לניצול עתודות**". ביטוי בלתי מוצלח זה (בלשון המעטה) מעיד על היחס המשפיל ועל פגיעה בכבודם של הפרטים הנמנים על קבוצה זו, לא פחות ממהותה של ההחלטה עצמה.

וכך נכתב במסמך המדיניות (נספח ג' לעיל, בעמ' 69):

באזור בקעת ערד מתגוררת פזורה בדואית ולכן נדרש:

מתן מענה לפזורה הבדואית, כ- 7,000 איש בשטח שדה בריר וזוהר דרום ("אל פורעה")

פתרון משולב לתביעות הבעלות והסדרת ההתיישבות הבדואית באזור בקעת ערד, אשר יוכל להיעשות באמצעות העלות הכספית הגבוהה הגלומה במשאבי הפוספט (והחול) המקנה גב כלכלי לפתרונות השונים שיקבעו (Win-win situation).

מרחב האפשרויות לפתרון לפזורה הבדואית בשדה בריר וזוהר דרום קשור בתכנון הכולל של בקעת ערד ופריסת שימושי הקרקע העתידיים בבקעה.

הטיפול והקידום של תכנית "אל פורעה" הועברה לידי הרשות להסדרת התיישבות הבדואים בנגב ותקודם בהליך מהיר, ככל הניתן,

בממשק ובתיאום עם תכניות הכרייה.

196. חברי המועצה הארצית בוודאי אינם זרים למחלוקת ארוכת השנים שנמשכת בין המדינה לבין אזרחיה הבדואים, ביחס לזכותם של האחרונים לבעלות על אדמותיהם. כאמור, במקרה דנן, הכירה המדינה, באמצעות רשויות התכנון שלה, בזכותם של תושבי אל-פורעה לשוב חדש. לאור זאת, מפתיעה במיוחד ההתייחסות הכוללנית והפשטנית האמורה לפיה, המחלוקת כולה יכולה להיפתר באמצעים כספיים, וזאת מבלי לעמוד על אופיים של אותם אמצעים, מי ישא במימונם ובאלו נסיבות. נזכיר כי ממשלת ישראל נהנית גם כך מתמלוגים מזעריים ממכירת פוספט על-ידי היזם וכי הטלת המימון האמור על רשויות השלטון הינה בעלת השלכות משמעותיות בהקשר זה.

197. אולם, גם אם מורכבות זו חמקה מעיני חברי המועצה, בדיון שנערך במסגרת זו ביום 2.12.2014, הבהיר נציג התושבים את עמדתם החד משמעית, כדלקמן:

בוקר טוב. שמי חליל ואני תושב אלפורה. באלפורה מתגוררים שם 6 אלפים נפשות במשפחות שונות. אנחנו והמשפחות שלנו קיימים באלפורה מאות שנים. בישוב יש 2 בתי ספר וגני ילדים. מספר התלמידים בבתי הספר היסודיים יחד עם הגנים 40 – תלמידים ו 500 תלמידי תיכון שלומדים בישוב כסייפה. בעיניי אנחנו, הדרישה שלנו מאז ומתמיד הייתה להכיר בישוב. הכרה בישוב מול הגורמים האחראיים ובעצם אנחנו קידמנו את הנושא הזה עד לאחרונה. בעשור האחרון מבקשים לקדם את הכרייה בשדה בריר לצערי הרב. ואנחנו וזאת אומרת עקירה וקבורה של ישוב אלפורה ואנחנו לא נסכים. אנחנו כתושבי אלפורה לא נסכים בשום פנים ואופן להעברה לשום מקום. אנחנו לא נסכים לעקירה, מספיק לנו את זה. אנחנו נאבק עד הסוף. אני אומר את זה לאנשים של רותם ולאנשים אחרים, אנחנו לא נוותר על הקרקעות שלנו, אין סיכוי. הסיכוי הוא אפס. וזה מה שיקרה וזה מה שאנחנו מתכוונים לעשות – להיאבק מול הוועדה. ואני מבקש מהוועדה המכובדת בהחלט להתחשב שאתם הולכים לקבור כאן ישוב של 5 אלפים נפשות זה החלטה לא נורמאלית. אני לא חושב שאדם עם מצפון יכול לקבל החלטה כזאת [ההדגשות הוספו].

198. דברים נוספים ביחס לתוכנית הנדונה בעתירה זו ולהשפעתה על תחושתו של המיעוט הערבי במדינת ישראל נשמעו אף על-ידי חה"כ יוסף עטאונה בישיבת ועדת הכלכלה מיום 6.2.2018 (נספח לבי') בעמ' 16:

חשוב לומר את האבסורד, שאנשי מינהל התכנון שיושבים כאן

תומכים בהחלטה שמתקבלת בקבינט הדיור ולא רואים את הנציגים של הכפרים אל-פורעה ואז-זעורה, 10,000–7,000 תושבים, שנציגיהם נמצאים כאן. איזו עזות מצח ובושה, שמדינה שבאה לתכנן מכרה פוספטים רואה מול עיניה את הפוספטים, רואה את אנשי ההון, את ראש הממשלה. הכירו בכפר אל-פורעה, שהוא כפר בלתי מוכר ואנשים חיים בו מלפני 1948. אני לא יודע איך במדינה מתוקנת, כאשר האחריות שלכם כקבינט הדיור לתכנן לאנשים – אנשים חיים שם והם לא צריכים לגור? הם לא צריכים להתפתח? למה אתם עושים את עצמכם: איפה שיש ערבים, במיוחד בנגב, כל מוסדות התכנון היכן שיש ערבים מוצאים את עצמם מתכננים על שטח הישוב. [ההדגשות הוספו].

199. הדברים הללו רחוקים כמזרח ממערב מהתיאור הפשטני של המצב על-ידי המועצה (win-win situation). מדהים לראות כיצד פינויים של אלפי תושבים מבתיים, אגב אישור התוכנית, נראה בעיני המועצה הנכבדה כיתרון ולא כחסרון, לאור ההשלכות האישיות והחברתיות של מהלך זה. זאת ועוד, בבוא המועצה לבחור בין חלופת זוהר דרום לבין החלופות האחרות, לא הועמדה הטרגדיה האנושית הכרוכה בצעד של פינוי אלפי אזרחים מביתם ובניגוד לרצונם והפגיעה החוקתית הכרוכה בכך, כמכשול מהותי. לעניין זה יפים דברי בית המשפט בעניין מועצה אזורית חוף עזה, שעסק בתוכנית ההתנתקות:

האם נפגעות זכויות אדם נוספות? לדעתנו, התשובה היא בחיוב. חוק יישום ההתנתקות פוגע בכבוד האדם של הישראלים המפונים. כבוד זה מוגן בסעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו... יישום ההתנתקות מנתק את הישראלי המפונה מביתו, מסביבתו, מבית הכנסת שלו ומבית הקברות שבו קבורים מתיו. הוא פוגע באישיותו... אכן, הפינוי הכפוי של הישראלים מהשטח המפונה פוגע בכבוד האדם שלהם. הוא פוגע בכבוד האדם של כל ישראלי מפונה.

ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 512.

200. במקום זאת, עוות היבט זה כדי להעניק לו צביון חיובי, לפיו לא רק שלא מדובר במכשול ובפגיעה חוקתית קשה בכבוד האדם, אלא בהזדמנות. המועצה אף בוחרת להדגיש זויות זו, ועל אף שעל הכף עומדים אדמתם, ביתם ואורח חייהם של התושבים הבדואים, להתייחס למצב כאל "win-win situation".

201. לעמדת המועצה, מאחר והפוספט הינו משאב כלכלי יקר ערך, הדבר יקנה "גב כלכלי" לפתרונות השונים שיקבעו. גם עניין זה נרמז באופן סתום שכול הידוע לעותרים לא נשען על בסיס הסכמות בין הרשויות לבין החברה שעתידה לכרות את הפוספטים או עם משרד האוצר

לצורך מציאת המקורות התקציביים לצורך כך. באם ישנן הסכמות כאלה, אין המדובר בנושאים שהגיעו לדיון ולבחינת עין הציבור, כנדרש בסוגיה כה עקרונית ובהחלטה הפוגעת באופן כה חמור בזכויות אדם בסיסיות.

202. זאת ועוד, ההחלטה על אישור תמ"א 14/ב על ידי המועצה הארצית, מהווה החלטה תכנונית על פינני התושבים הבדואים והיא מהווה החלטה סופית ומחייבת לעניין זה. כעת, עוברת ההחלטה למישור אישורה של התוכנית המפורטת אשר לא צפויה לחזור ולדון בשיקולים אלה ומכאן הדרך לפינני קצרה עד מאוד. כאן המקום להדגיש את ההבחנה בין ההליך התכנוני להליך הפינני. בשונה מההליך התכנוני שנעשה במסגרת המועצה הארצית אשר אינה לא אפשרה הליך התנגדויות כלל, הליכי הפינני מבוססים על מתן זכות שימוע וטיעון. ההבדל בין ההליכים נדון ברע"א 3094/11 איברהים פרהוד אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל (פורסם בבנו) על-ידי כבוד השופטת ברק-ארז, כדלקמן:

המקרה שבפינני הוא מורכב לא רק משום שהוא משלב בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי, אלא גם משום שחולשות עליו גם שתי מערכות פרוצדוראליות – זו של הליכי התכנון וזו של הליכי הפינני. ההליך התכנוני מתנהל בגופי התכנון, וניתן להשיג עליו, בסופו של דבר, במתכונת של עתירה מינהלית. לעומת זאת, הליך הפינני נעשה במסלול נפרד, על-פי רוב על דרך הגשת תביעת פינני... בגדרי ההליך התכנוני רשאים בני-הרשות המתגוררים בשטח שהמדינה חפצה לתכנן מחדש לטעון כי יש להימנע לחלוטין מתכנון כזה ולהותיר את המצב על כנו, או כי התכנון מחדש צריך להתחשב בהעדפותיהם ובקהילה שיצרו במקום. לעומת זאת היקף הטענות שניתן להעלות במסגרת הליך הפינני תלוי בשאלה האם ההליך התכנוני הוא בבחינת "שיר מזמור לעתיד לבוא" או שכבר הושלם.

203. דהיינו, המועצה הארצית אינה יכולה לטעון עתה כי הפרטים בנוגע לפינני יושלמו במסגרת עתידית ובמישור של משא ומתן בין המדינה לבין התושבים הבדואים, תוך הישענות (לכאורה) על ה"גב הכלכלי" של חברת הכרייה או של קופת האוצר. העת לדון בשאלות האם ההחלטה התכנונית להקים מכרה פוספטים, בהתחשב שבמקום גרים וחיים, מזה עשרות או מאות בשנים, אזרחי המדינה, הינה עתה.

204. אשר על כן, החלטת המועצה שלא הביאה בחשבון את הסתירה בין התוכנית לבין הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולא נתנה משקל ראוי לשאלת פינני הבדואים והפגיעה החוקתית והחוקית הנגרמת מכך, מהווה גם החלטה הלוקה בחוסר סבירות קיצוני.

ג.5(ו) שיקול העסקת העובדים אינו יכול להצדיק הימנעות מבחינת חלופות

205. אחד השיקולים המרכזיים שעמדו בבסיס החלטת המועצה הארצית הוא הרצון לאפשר את

תעסוקת העובדים המועסקים היום בתעשיית כריית הפוסט בנגב. זהו אכן שיקול ראוי וחשוב, אלא שביחס אליו נבקש לטעון שני אלה:

(א) שיקול זה, עם כל משקלו, אינו יכול להצדיק חצייה של קווים אדומים לסיכון בריאותי, ואינו יכול לשלול את החובה לבדוק האם אין אפשרויות אחרות לכרייה, המסכנות פחות את החיים ואת הבריאות. בעניין זה נבקש להציג את דבריו הנכוחים של ח"כ מנחם אליעזר מוזס מסיעת יהדות התורה במהלך דיון שהתקיים בנושא זה בכנסת ביום 23.12.15. וכך אמר:

אני רוצה גם לצאת מנקודת המבט ההלכתית היהודית הטהורה לגבי העסקת עובדים במקום שיש ספק פיקוח נפש. אתם יודעים שלא רק על פיקוח נפש מחללים את השבת, אלא גם על ספק פיקוח נפש, ועל אחת כמה וכמה שאסור על-פי המסורת היהודית להעסיק בן אדם במקום שיש ספק, אולי הוא ייפגע על ידי כך. וכאן, בתירוץ מוזר של מקומות עבודה, הולכים להעסיק אנשים בשדה בריר, במקום כזה שזה ודאי סכנה, לפי הדוח החמור של משרד הבריאות, גם מבחינת תחלואה, גם מבחינת תמותה. איך מותר כדברים האלה לעשות? איפה הנפש היהודית, הנשמה היהודית, בכל הנושא הזה? לקחת אנשים ולהעסיק אותם במקומות האלה?

ואני רוצה עוד משהו להוסיף. זה לא יכול להיות שהכל יהיה רק כסף.

(ב) זאת ועוד; הבחירה היא אינה בין פיטורי המוני עובדים לבין חיים. גם אם תימצא אפשרות מרוחקת יותר לכריית הפוספטים עדיין יידרש כוח אדם לשם הכרייה ולשם העיבוד. אין אנו טוענים בעתירה זו שיש להימנע לחלוטין מכריית פוספטים. עמדתנו היא שיש לעשות כן רחוק מיישובים מאוכלסים, אם קיימת אפשרות לעשות כן. אנו סבורים כי קיימת אפשרות לעשות כן, והמועצה הנכבדה פטרה עצמה, בקלות רבה מידי ובניגוד לדיון, מהחובה למצות את הבדיקה בעניין זה. ככל שתימצא האפשרות לכך, הרי שיחד עם הכרייה תבוא גם התעסוקה, ומכאן שעניין זה יבוא על פתרונו הראוי.

6.ג המועצה הארצית הפרה החובה לקיים הליך ראוי ולבסס תשתית

עובדתית להחלטתה

6.ג(א) כללי

206. לצד הפגמים שנפלו בהפעלת שיקול הדעת, נראה להלן כי החלטת המועצה התקבלה על בסיס תשתית עובדתית פגומה ביותר - תשתית חלקית ומוטה, שגויה וחסרה.

207. כידוע, איסוף הנתונים העומד בבסיס ההחלטה המינהלית חייב להיות סביר, וסבירותה של

התשתית נגזרת ממהות העניין שעל הפרק (בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 423 – 424 (1994)). בית המשפט הנכבד קבע בעניין זה (בבג"ץ 5240/96 ג'ועמיס נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 289, 303 (1997)):

הלכה היא, שסבירות התשתית הראייתית העומדת בבסיס החלטתה של הרשות המינהלית תיבחן לאור מידת הפגיעה של ההחלטה באינטרסים סותרים, ולאור משקלם של אותם אינטרסים. ככל שהפגיעה הנובעת מההחלטה קשה יותר, וככל שאינטרס הנפגע כבד משקל, כך חייבת הרשות לבסס את החלטתה על ראיות מוצקות יותר, שמשקלן הראייתי ניכר [ההדגשה הוספה].

ועוד נפנה את בית המשפט הנכבד לדבריו הידועים של כבוד הנשיא שמגר לפיהם "כגודל הזכות כך גם גודלה ועוצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות" (ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 251 (1985)). על רקע זה, ודווקא לאור הסיכון הממשי לחיי אדם ולבריאות, כפופה המועצה הארצית לחובה משפטית מוגברת לקיים הליך איסוף תשתית עובדתית סדור ומוקפד.

כבסיס לדיון תשמש פסיקתו של מ"מ הנשיא שמגר (כתוארו אז) בבג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (1983), שהיא אמת המידה המחייבת בעניין זה. כפי שסיכמה את הדברים פרופ' דפנה ברק-ארז (משפט מינהלי, בעמ' 270):

מ"מ הנשיא שמגר היה אמנם בדעת מיעוט בכל הנוגע למקרה שנדון בפסק הדין, אך עמדתו העקרונית באשר לדרך קבלתה של ההחלטה נחשבת לפסיקה המנחה בתחום זה. לדבריו, "ההחלטה חייבת להיות בכל מקרה תוצאה של בדיקה עניינית הוגנת ושיטתית". בהמשך לכך, הוא הבהיר כי הנפקות המעשית של חובה זו מתבטאת בדרישה שההליך יכלול שלושה שלבים עיקריים:

"איסוף וסיכום הנתונים (לרבות חוות הדעת המקצועיות הנוגדות, אם ישנן כאלה)";

"בדיקת המשמעויות של הנתונים (דבר הכולל, במקרה של תיזות חלופות, גם את בדיקת מעלותיהן ומגרעותיהן של התיזות הנוגדות)";

"סיכום ההחלטה המנומקת".

במילים אחרות, ההחלטה המינהלית חייבת להתקבל בדרך שתבטיח ביסוס עובדתי, הפעלת שיקול דעת ושיקופות (באמצעות הנמקה).

[ההדגשות הוספו]

ויודגש: חובת איסוף הראיות חלה הן ביחס לחובה של ההימנעות מפגיעה (החובה השלילית) והן ביחס לחובת ההגנה (החובה החיובית). שעה שעל הפרק עומד החשש לפגיעה בחיים

ובבריאות נדרש הליך יזום של איסוף ראיות, הבא לבחון האם לא ניתן לצמצם את הפגיעה על-ידי בחירה בחלופה המסכנת פחות את החיים ואת הבריאות.

208. החובה לאסוף תשתית נאותה הינה חלק בסיסי מהליך קבלת ההחלטות במיוחד בתחום דיני איכות הסביבה, והמכשיר בלעדיו אין לגיבושה הוא תסקיר ההשפעה על הסביבה. כבוד הנשיאה ביניש עמדה על כך בבג"ץ 9409/05 אדם טבע ודין נ' הוועדה הארצית לתכנון ובנייה של תשתיות לאומיות, פ"ד סד(2) 316 (2010)(בפסקה 9 לפסק דינה):

תסקיר ההשפעה על הסביבה נועד בראש ובראשונה להביא בפני מוסד התכנון הבוחן את אישורה של תכנית מסוימת את המידע הרלוונטי בנוגע להשפעותיה הצפויות של התכנית על סביבתה. המידע המובא בתסקיר ההשפעה על הסביבה הוא נדבך חשוב ביותר בתשתית העובדתית עליה נדרש מוסד התכנון לבסס את החלטתו באם לאשר תכנית העומדת בפניו. העמדתו של המידע המובא בתסקיר בפני מוסד התכנון מאפשרת, אפוא, למוסד התכנון לקבל החלטה נבונה ומושכלת יותר [ההדגשות הוספו].

כך ברגיל, וכך במיוחד שעה שעל הפרק עומדות החלטות שהשלכותיהן עלולות להיות בלתי הפיכות (שם, בפסקה 10 לפסק הדין):

להיבט זה של אי-הפיכות או למצער של השלכות ארוכות טווח ישנה חשיבות מיוחדת במדינת ישראל בשל היותה מדינה קטנה וצפופה, שבה החלטות תכנוניות וסביבתיות שגויות עלולות להנציח פגיעות משמעותיות בערכי טבע ונוף ולהשפיע על בריאות התושבים ללא אפשרות של תיקון. בנסיבות אלה לתסקיר ההשפעה על הסביבה יש חשיבות קריטית בהבאת השיקולים הסביבתיים כשיקולים מרכזיים במסגרת הליכי התכנון ובהצבתם אל מול שיקולי הפיתוח והשיקולים הרלוונטיים האחרים. ודוקו: משמעות דברינו אינה כי יש בהכרח ליתן לשיקולים הסביבתיים עדיפות על פני יתר השיקולים הנוגעים לעניין, אלא כי לשם עריכת איזון סביר בין השיקולים השונים על מוסד התכנון, הדרוש באישור תכנית מסוימת שעלולה לפגוע בסביבה, להביא בחשבון את מלוא ההשלכות הסביבתיות של החלטותיו [ההדגשה הוספה].

209. נוכח כללי בסיס אלה, עמדתנו היא שהליך קבלת ההחלטה של המועצה הנכבדה לקח בכל הנוגע להליך גיבוש התשתית העובדתית. לא נעשתה בדיקה שיטתית של החלופות השונות במסגרת תסקיר ההשפעה בכל הנוגע למרכיב הבריאותי; לא נלקחו בתשומת הלב הראויה חוות הדעת הנוגדות, והנתונים שהצטברו בסופו של יום בפני המועצה הנכבדה לא שיקפו את אותה תשתית איתנה היכולה להצדיק את הטלת הסיכון על חיי תושבי ערד והסביבה.

210. טענתנו היא כי התקיים כאן החשש עליו הצביע פרופ' יצחק זמיר ולפיו המועצה הנכבדה הראתה ש"דעתה נחושה להגיע לתוצאה מסוימת ללא תלות בעובדות המקרה" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית 1119 (כרך שני, תשע"א)). ניתן היה ללמוד זאת כבר מהתנהלות הדיון בעניין רב חשיבות זה:

(א) סימן מבשר רעות היו דבריו של יו"ר המועצה אביגדור יצחקי שביקש לקצר בהצגת עמדת משרד הבריאות, והמשרד להגנת הסביבה שכן "יש לנו לוח זמנים עמוס" (פרוטוקול הדיון, נספח כ' לעיל, בעמ' 11).

(ב) ולאחר מכן, כשהוצג בפניו עמדת משרד הבריאות לפיו תוספת התמותה תהיה של 6 אנשים לכל עשרת אלפים, וששיעור זה הוא פי שישה מהקו האדום המקובל במערב העיר העיר יו"ר המועצה כי "בכביש 31 יותר מסוכן לנסוע" (פרוטוקול הדיון בעמ' 13).

(ג) ולאחר שהוצג בפניו שבתרגום למונחי גוש דן מדובר בתוספת של מאות איש שימותו, ועוד לא הגענו לתוספת התחלואה, ציין כי אם זה היה כל כך חשוב היה טורח ד"ר גרוטו להגיע לדיון (פרוטוקול הדיון בעמ' 15).

211. על רקע כל אלה לא נראה שיו"ר המועצה הפגין את הגישה הראויה לעובדה כי עניין לנו כאן בסיכון חמור לבריאות ולבריאות. מן הראוי יהיה להתעכב כאן ולהשוות את גישתו של יו"ר המועצה כפי שהובעה במהלך הדיון אל זו של בית המשפט הנכבד. וכך פסק המשנה לנשיא אלון בע"א 506/88 יעל שפר, קטינה, באמצעות אמה נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1), 87, 125 (1993):

כלל גדול ויסוד מוסד בעולמה של הלכה כי חיי אדם המה מן הדברים שאין להם שיעור, הן מבחינת ערכם, והן מבחינת אורכם. חיי אדם אינם ניתנים למידה ולמשקל, וכל שנייה של חיי אנוש ערכה הסגולי כחיים של שנים רבות וארוכות.

דבר מזה לא השתקף בגישתו של יו"ר המועצה, מר יצחקי, והדברים העולים מהפרוטוקול מדברים בעד עצמם. על רקע זה אין זה מפתיע כי הפגמים הקשים בתשתית העובדתית עליהם נצביע להלן לא מנעו את קבלת החלטה על אף שהם בלטו לעין כל.

ג.6(ב) תשתית מוטת

212. התשתית העובדתית העומדת על הפרק גובשה, ברובה המכריע, על-ידי מומחים שגויסו ישירות מצד בעלת העניין – החברה היזמית המעוניינת בכרייה. פרופ' סמט העיר ביחס לכך בסוף חוות דעתו (עמ' 18 לחוות הדעת המתורגמת, נספח טז לעיל):

חוות דעת של מומחים הן בדרך כלל אלמנט קריטי של קבלת החלטות

בנושאי סיכון, כגון הפעלת מכרה פוספטים בשדה בריר. נכון להיום, ישנן חוות דעת מנוגדות מהמומחים השונים שהגיבו על אתר שדה בריר. באופן לא מפתיע, היועצים לחברת הכרייה מצאו בסיס מועט לדאגה לגבי סיכון בריאותי, ואילו אחרים מצאו שהסיכונים בלתי קבילים. בארצות הברית האקדמיה הלאומית למדעים מכנסת לעיתים קרובות ועדות מומחים רב-תחומיות כדי לספק הערכה נטולת-הטיית של סוגיות של סיכון.

213. המועצה הארצית הייתה מודעת לפגם מתודי זה. עובר לקבלת ההחלטה פנתה (ביום 30.11.15) אל חברי המועצה עמותת אדם טבע ודין וציינה כי:

ההכרעה בדבר הצורך בכריית פוספטים מסתמכת על נתוני חברת הכרייה ועל צרכיה ולא דווקא על צרכי כלל הציבור במדינת ישראל...לעמדת הארגון, אין להשלים עם מצב בו מדינת ישראל מקבלת החלטות קריטיות רק בהסתמך על נתונים המצויים ברשות חברה עסקית ומוצגים באופן סלקטיבי...

לאחר שלילה על הסף של רוב החלופות, נקבע במסגרת מסמך המדיניות כי "שדה בריר" ו"זוהר דרום" הן האלטרנטיבות הטובות ביותר לשם כריית פוספט. עם זאת, אופן ביצוע הבדיקה מעיד, לכאורה, על "משחק מכור" שנועד להצדיק את רצון התעשייה לבצע כרייה בבקעת ערד מסיבות כלכליות צרות. תוך התעלמות מהנזקים הצפויים לתושבי האזור.

רצ"ב כנספח מה' מכתב אדם טבע ודין מיום 30.11.2015.

למרות זאת התקבלה ההחלטה על בסיס תשתית מוטה זו.

214. החשש לתשתית עובדתית מוטה לא נותר אבסטרקטי. בחודש ספטמבר 2014 שלחו אנשי מקצוע בכירים מהטכניון, מכון ויצמן, אוניברסיטת תל-אביב ואוניברסיטת בן גוריון מכתב שנאמר בו כי הוא מהווה "קריאת אזהרה לקראת החלטה אשר עלולה להוביל לתוצאות שאינן רצויות ובלתי הפיכות". ועוד הוסיפו וציינו:

קריאת הדוחות השונים שפורסמו בסוגיה זו מעלה סימני שאלה משמעותיים לגבי התובנות והמסקנות של הצדדים השונים לעניין. טענתנו העיקרית היא שעל מנת לקדם פרויקט בסדר גודל כזה, בעל השלכות פוטנציאליות על בריאות הציבור באזור, לפני שמקיימים פעולות כרייה בשטח, יש לקיים מחקר מעמיק, על ידי גורמים בלתי תלויים, אשר ייעשה שימוש במיטב השיטות הקיימות בתחום.

מהמכתב עולים הליקויים המרכזיים הבאים הממחישים את הטיית של התשתית

העובדתית:

(א) בעוד שביחס לשדה בריר נעשה שימוש במודל AERMOD, הרי שבשנים האחרונות נעשה שימוש במודלים מתקדמים יותר, המאפשרים הערכה טובה יותר, ואף ניתן לגבש מודלים ספציפיים לאזור הנבחן. דבר מזה לא נעשה בענייננו.

(ב) מודל AERMOD כולל הנחות, הפשטות והכללות שלא הועברו במלואן למקבלי ההחלטות.

(ג) עוצמות הרוח שנלקחו בחשבון והוכנסו למודל היו נמוכות ולא סבירות. אמירה זו היא הרת חשיבות ואף הרת אסון, שכן החלקיקים הרעילים נישאים ברוח והיא משפיעה על פיזורם באזור. כך, **תסקיר ההשפעה התבסס על נתוני רוח מחודשי הקיץ, בהם הרוח היא בעוצמה החלשה ביותר, וידוע כי באזור זה, כמו במקומות רבים בנגב, עוצמות רוח בינוניות וגבוהות שהן מעל סף הניתוק של החלקיקים מעל פני הקרקע קיימות דווקא בעונות האחרות.**

(ד) בנוסף, מקדמי הפליטה שבמודל אינם מבוססים על החומר הנדון – פוספט, אלא ככל הנראה על חומרים אחרים כגון פחם, בעלי מאפיינים כימיים ופיזיקליים שונים בצורה משמעותית. כלומר, קיים ספק מתודולוגי האם בכלל מדובר במודלים אמין, היכולים להציג באופן ראוי ומלא את מפת החששות ביחס לכריית פוספטים דווקא.

215. על רקע כל אלה קראו המדענים **"לקדם המשך מחקר וניטור בשטח על מנת שניתן יהיה לקבל החלטות המבוססות על מדע מקיף, מקצועי ואמין ככל האפשר"**. הייתה זו קריאה שבאה מצד אנשי מדע העוסקים בנושאי פליטת אבק והסעת אירוסולים, איכות אוויר, מידול היבטים מרחביים של מזהמי אוויר, והשלכות בריאותיות של התהליכים האמורים.

רצ"ב כנספח מו' מכתב המדענים למועצה הארצית מחודש ספטמבר 2014.

גם מכתב זה, למיטב ידיעתנו, לא זכה לכל התייחסות.

216. הד לכשלים המתודולוגיים ניתן למצוא גם בחוות הדעת המקצועית של פרופסור סמט, שאומצה על ידי משרד הבריאות. כאמור, חוות דעת זו, להבדיל מהמסמכים האחרים שבתיק, סופקה על ידי גורם בלתי תלוי, ולא על ידי היזם המעוניין במימוש פרויקט הכרייה. בחוות דעתו (נספח טז' לעיל) ציין פרופ' סמט (בעמ' 8) את קיומה של ביקורת על האופן בו בוצע הניתוח על ידי חברת גיאו-פרוספקט. על רקע זה כתב (בלשונו הזהירה) כך:

בהתחשב במחלוקת המתמשכת הנוגעת למקדמי הפליטות שבהם השתמשה גיאו-פרוספקט, יתכן שניתן להשיג ייעוץ חיצוני נוסף ספציפי לגבי המודלים, למרות שאני רואה שהמשרד להגנת הסביבה הביע אמון במודלי AERMOD האחרונים שנעשו. גישה אחת לקבוע

האם לשימוש בברירות מחדל וערכים סטנדרטיים שונים יש השלכות חשובות, היא לבצע ניתוחי רגישות... אם יוחלט לבצע את ניתוחי הרגישות האמורים, אני מוכן לעבוד עם ממשלת ישראל על מנת למצוא יועץ מתאים.

ובהמשך חוות דעתו כתב (בעמ' 18 לתרגום חוות הדעת):

עד כה, לא הושלמה עריכת סקירה שיטתית מלאה של הראיות על כריית פוספטים והשפעתם על בריאותם של עובדים ואנשים ביישובים סמוכים. באופן כללי, סקירה שיטתית צריכה להיות נקודת התחלה, ולספק את בסיס הראיות עבור הערכות הבאות על השפעה.

הנה כי כן, פרופ' סמט הציע בסיס מתודולוגי לעדכן את בסיסי הנתונים. הוא הציע לממשו באמצעות העסקת מומחה בלתי תלוי. גם קריאה זו נותרה חסרת מענה ועל-אף זאת אישרה המועצה הארצית את העדפת הכרייה בשדה בריר.

217. **פגם נוסף המצביע על הטיה חמורה, נוגע במתודה עליה נסמכה המועצה הארצית בבחינת הכרייה בשדה בריר, המתמקדת בנתונים המצמצמים את הערכת הסיכון באופן מלאכותי.**

נתוני זיהום האוויר אשר נמסרו למועצה היו למעשה נתונים ממוצעים ביחס לאחת משכונותיה של העיר ערד, וזאת על-אף העובדה כי על-פי תקנות למניעת מפגעים, המקום לבחון את מידת הפליטה ממקור מזהם הוא בגבול המפעל – ובענייננו, בגבול התוכנית.

כפי שעולה מנתוני התסקיר, שכאמור מומן על-ידי בעל עניין בכרייה, זיהום האוויר הצפוי בגבול התוכנית עומד על 10.9 מ"מ"ק למטר – למעלה מפי 60 מהנתון על בסיסו התקבלה ההחלטה – 0.2 ממק למטר באחת משכונות העיר (ראו פרוטוקול הדיון במועצה הארצית מיום 1.12.2015).

נראה כי בהסטת הדיון לנתון הנמוך הצפוי באחת משכונות העיר ולא בגבול שטח הכרייה יש בכדי ללמד על הרצון באישור התוכנית, בעוד שעל-פי דין, מדידה בגבול התוכנית הייתה מובילה לדחיית התוכנית ולפסילתה גם לשיטת המועצה הארצית הממקדת מבטה בערכי הסביבה בחוק אויר נקי.

דרך התנהלות זו ממחישה אף היא את הצורך החיוני בהפקדת איסוף הנתונים על ידי גורמים בלתי תלויים ביזם המעוניין, מטבע הדברים, במימושה ללא קשר לסיכוייה הבריאותיים.

על רקע כל אלה יש להמשיך את מלאכת איסוף התשתית על ידי הקמת צוות של מומחים שיכלול גם מומחים בלתי תלויים ועצמאיים, שימונו ישירות על ידי הרגולטורים והכול כדי שיעשה שימוש במודלים המתאימים, ויאספו הנתונים המלאים תוך התייחסות לסוג החומר שבו אנו עוסקים ולתנאי הסביבה.

ג.6(ג) תשתית חסרה

218. לצד ההטיה שבתשתית בולט לעין עד כמה היא חסרה ניתוח של אלטרנטיבות הכוללות בכל חלופה את המרכיב הבריאותי. גם בעניין זה הוצגה הביקורת עובר לקבלת ההחלטה. וכך במכתבו מיום 31.3.2014 של פרופ' איתמר גרוטו, ראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות (נספח יח' לעיל, בעמ' 2):

נכון להיום אין בישראל פרוטוקול מסודר להערכת סיכונים בריאותית (כגון תסקיר השפעה על הבריאות) במסגרת תהליכי התכנון, כתוצאה מכך, התהליך אשר בוצע במקרה של שדה בריר, עד לקבלת חוות הדעת, לא היה שלם ולא היה מיטבי [ההדגשה הוספה].

219. ובמכתבו המאוחר יותר לחברי המועצה הארצית (מיום 30.11.14; נספח יט' לעיל) עמד על נקודה זו ביתר פירוט:

האינטרס הכלכלי (ובצידו ללא ספק, מימון מדיניות הבריאות לאומית) מיוצג היטב לעומת האינטרסים של אוכלוסיות מקומיות אשר הן אלו אשר נושאות בנטל הסיכון הבריאותי הישיר מכל פרויקט. לפני שבאים בדרישות ממשד מקצועי לתכלל סיכונים, צריך לתת לו את הסמכות (אשר כיום היא סמכות וועדות התכנון) ואת האמצעים לעשות זאת. חובת המשרד להביע את עמדתו המקצועית ולהגן על בריאות הציבור. לסיכום, עמדת משרד הבריאות הינה שיש לשתפו בהליכי התכנון החל מראשיתם במעמד מלא כולל ביצוע חובה של תסקירי השפעה על הבריאות כחלק מהליך התכנון בפרויקטים משמעותיים. (ההדגשה הוספה)

כלומר, בעניין זה הצביע פרופ' גרוטו על הוואקום שהיה קיים בתשתית העובדתית עת התכנסה המועצה הנכבדה לקבל את החלטתה: היעדר נתונים לגבי ההשפעה שיש לחלופות השונות העומדות על הפרק על הסיכונים לחיים ולבריאות כתוצאה מפעולת הכרייה.

220. עניין זה עלה גם במסגרת הדיון עצמו שהתקיים במועצה הנכבדה. במסגרת הדיון עובר לקבלת ההחלטה ציינה גב' חנה ויטלזון ממנהל התכנון במשרד הפנים כי "החלופות האחרות שנבחנו נמצאו נחותות יותר מבחינה גיאולוגית, הנדסית, כלכלית וסביבתית" (פרוטוקול הדיון, נספח כ' לעיל, בעמ' 8). ביחס לכך העיר ד"ר אודי קלמן נציג משרד הבריאות (פרוטוקול הדיון בעמ' 11) כי:

הציגו פה את הדירוג של השישים פוליגונים והחלופות, אם שמתם לב, הבחינה הבריאותית לא הייתה חלק מהדירוג הזה. לדעתנו נכון, בטח בכאלה פרויקטים בשלב הזה שזה יהיה חלק מהדיון על החלופות, הדירוג שלהם.

221. המועצה הנכבדה כללה למעשה את ההיבט הבריאותי במסגרת ההיבט הסביבתי אשר התמצה לעמדתה באימוץ הסטנדרט של ערכי הסביבה בחוק אוויר נקי. כך, ההיבט הסביבתי "בלע" את ההיבט הבריאותי בהחלטת המועצה הארצית, בלא שנדרשה המועצה הנכבדה לניתוח ההיבט הבריאותי באופן מעמיק ומקיף. ומכאן, במסגרת בחינת החלופות במסמך המדיניות, נקבע כי חלופת זוהר דרום "עדיפה מבחינה גיאולוגית הנדסית כלכלית וסביבתית" (עמ' 65 למסמך המדיניות). גישה זו הינה מוטעית מיסודה והובילה לטעות באופן בחינת החלופות השונות.

222. ההבדל בין ההיבטים הסביבתיים לבריאותיים באה לידי ביטוי בהבחנה הידועה בקרב מומחי בריאות הציבור בין תסקיר השפעה על הבריאות (Health Impact Assessment - HIA) לבין תסקיר השפעה על הסביבה (Environmental Impact Assessment - EIA). במסגרת תסקיר השפעה על הבריאות נבחנת השפעתו האפשרית של פרויקט על בריאות הציבור, בהתבסס על הגדרת הבריאות של ארגון הבריאות העולמי (WHO) לפיה: "בריאות היא מצב של רווחה פיזית, נפשית וחברתית ולא רק העדר חולי". המדובר בהליך מורכב המשלב מחקר כמותי ואיכותני (כמו ראיונות, תצפיות ועוד) ושיתוף של הציבור.

223. תסקיר ההשפעה על הבריאות, אם כן, אינו חופף לתסקיר ההשפעה על הסביבה והוא מבקש להביא בחשבון מדדים מעבר להשפעה על תחלואה ותמותה (שכאמור, הובאו במקרה דנן על ידי משרד הבריאות, אך נדחו בביטול על ידי המועצה הארצית). היבטים אלה כוללים, בין היתר, בחינה של ההשלכות הנפשיות והחברתיות של הפרויקט, דרכים לשיפור בריאות הציבור ועוד. יתרה מכך, תסקיר ההשפעה על הבריאות מבקש לתת קול לאוכלוסייה ולידע המקומי באמצעות השילוב של מחקר כמותי, איכותני ותהליכי שיתוף ציבור. בניגוד לתסקירי ההשפעה על הסביבה, שילוב אמצעים זה מאפשר למפות ולאפיין את האוכלוסיות המתגוררות באזור ולשקלל באופן יותר מדויק את ההשפעות של הפרויקט הפוטנציאלי. כך למשל, ניתן להביא בחשבון את השפעת הפרויקט על אוכלוסיות בסיכון (כגון חולי אסטמה במקרה של ערד), אוכלוסיות מוחלשות ואחרות.

224. על אף שבמקרה דנן הגורם המוסמך בענייני בריאות הציבור – משרד הבריאות – מחזיק בעמדה כי אישור הכרייה באזור מסוכן מבחינה בריאותית ואישורו חוצה סטנדרטים מקובלים בעולם לאישורם של פרויקטים מסוג זה ועל אף שמדובר בפרויקט משמעותי של הקמת אתר כרייה בסמוך לבתיים של כ- 55,000 תושבים, בחרה המועצה שלא להורות על הכנת תסקיר השפעה על הבריאות או בחינה בריאותית מקיפה ומעמיקה מקבילה במסגרת גיבוש התשתית העובדתית שעמדה בפניה עובר לקבלת החלטתה. במקום זאת, ביכרה המועצה להסתמך בהחלטתה על תסקיר השפעה על הסביבה תוך אימוץ המדד המקל של ערכי הסביבה.

225. יודגש, כי העותרת ערה לעובדה כי לא קיים מקור נורמטיבי בחקיקה המחייב עריכתו של תסקיר השפעה על הבריאות בהליכי תכנון. אך יחד עם זאת, במקרה בו הגורם האחראי על בריאות הציבור במדינת ישראל – משרד הבריאות – טוען בפני המועצה הארצית כי קיימת

סכנה בריאותית באישור הכרייה באזור וזאת על בסיס שורה של מחקרים וחוות דעת בנושא, אין זה סביר כי המועצה הנכבדה תידחה טענה זו בלא עריכתו של תסקיר השפעה על הבריאות או בחינה בריאותית מקיפה ומעמיקה מקבילה במסגרת גיבוש התשתית העובדתית העומדת לפניו בטרם קבלת החלטה בנושא.

החלטה זו של המועצה הארצית שלא לערוך תסקיר השפעה על הסביבה או בחינה בריאותית מקיפה ומעמיקה מקבילה מקום בו משרד הבריאות מתנגד לאישור הכרייה באזור היא אינה סבירה באופן קיצוני ומהווה החלטה אשר נסמכת על תשתית עובדתית חסרה אשר מנעה בחינה ראויה של חלופות תוך שקלול ראוי של בריאות הציבור.

226. על עוצמתו של החסר ניתן ללמוד מהעובדה כי כן נעשה ניתוח חלופות חלקי הבורח את הסיכון לחיי אדם, וניתוח זה מצוי בעמ' 42 – 43 למסמך המדיניות ששימש בסיס לקבלת ההחלטה על-ידי המועצה (נספח ג' לעיל).

כאן הגיע מסמך המדיניות למסקנה המפתיעה יש לומר ש"לכרייה במרבצי בקעת ערד עדיפות ברורה גם בהיבט של היסכון בחיי אדם". וכיצד בוססה מסקנה זו? על בסיס פרמטרים של נפגעים בתאונות דרכים(!). ההנחה שעומדת בבסיס התכנית היא שכרייה באזורים מרוחקים יותר תהיה כרוכה בהובלה אינטנסיבית יותר של חומר הגלם אל מפעל העיבוד הקיים במישור רותם באמצעות משאיות, ונוכח התשתית התעבורתית המוגבלת בסביבה, הדבר יוביל להגברת הפגיעה בחיי אדם כתוצאה מגידול בתאונות דרכים.

227. אלא שדרך ניתוח זו מתעלמת לחלוטין מהבדל יסודי בין הסיכון הישיר הנגרם כתוצאה מפיזור חלקיקים רעילים באוויר לבין הסיכון העקיף הנגרם כתוצאה מתאונות דרכים. הראשון הוא אינהרנטי לפעולת הכרייה ואילו השני ניתן לשליטה ולצמצום על-ידי שיפור התשתיות התעבורתיות, שליטה במועדי השאת החומרים במהלך היום או על-ידי הקמתו של מפעל לעיבוד פוספט בשטח הכרייה עצמו. נוכח העובדה כי הכרייה תביא עמה רווחי עתק של מיליארדים רבים של דולרים ליום, ניתן להתמודד עם הסיכון של הסכנה הנשקף מתאונות על-ידי חיוב היזם בשיפור התשתיות או הקמת המפעלים לעיבוד חומר הפוספטים באתרי הכרייה עצמם (אפשרות שאף מוזכרת בהערכת החלופות שבדוח אך לא נשקלת כלל). את הנטל הכלכלי בעניין אפשר להטיל, כמובן, על המבקש להפיק ממשאב הטבע רווחים כלכליים לעומת זאת, **בסיכון החלקיקים לא ניתן לשלוט באותה המידה, וסכנתם כלל לא נדונה שם!**

228. בנוסף אין כל בחינה וכל שקילה של העלויות הנובעות מעלייה בשיעור התחלואה. כפי שראינו עמדת משרד הבריאות היא שהכרייה במקום תוביל, לצד העלייה בשיעור התמותה, גם לעלייה בשיעור התחלואה במחלות קשות. מהן העלויות הנלוות לאפשרות זו? כיצד הן תשלכנה על הפרטים החולים ועל הציבור בכללותו? כיצד הדבר ישפיע על קבוצות שונות באוכלוסייה ובכללן קבוצת הילדים שהיא רגישה במיוחד לסיכונים הנלווים לכרייה (ושנמצאת בשיעור גובה במיוחד בישובים הרלוונטיים)? גם לכך אין למצוא כל התייחסות בתשתית העובדתית,

ושוב מתחוויר עד כמה צדק משרד הבריאות בהצביעו על החסר היסודי בתשתית הנעדרת ניתוח ראוי לשמו של הסיכון הבריאותי.

229. **שוב אנו רואים כיצד התשתית הבאה לתמוך בהחלטה מסכנת בריאות וחיים חסרה כל כך דווקא ביחס לסוגיה קריטית זו.**

בעניין זה נבקש להפנות את בית המשפט הנכבד לבקש להצטרף כ"דיד בית המשפט' שהוגשה ביום 13.12.2016 על-ידי ההסתדרות הרפואית בישראל מסגרתו של בג"ץ 1016/16 שאוזכר לעיל (ראו נספח כד', לעתירה זו). במסגרת זו ציינה המבקשת כך :

אופן הבחינה של הפגיעה הפוטנציאלית בבריאות הציבור שונה בתכלית מהבחינה שנערכת לשם אמידתם של נזקים פוטנציאליים לסביבה. הסתמכותה של המועצה הארצית על קביעותיו של המשרד להגנת הסביבה, כי מכרות הפוספטים המתוכננים עומדים ב"ערכי סביבה" כנדרש בחוק אוויר נקי, אינה מספקת ובכך בלבד אין כדי לאיין את החששות לבריאות הציבור.

חששות אלה צריכים, לגישת המבקשת, להיבחן כשלעצמם ועל יסוד מסד עובדתי המורכב, בין היתר, מתסקירי בריאות הציבור. תסקירים כאלה הוזמנו, בין היתר, על ידי משרד הבריאות ובוצעו באמצעות מומחים, מהארץ ומחו"ל. בכולם נמצא כי הפרויקט המדובר חורג בהרבה מאמות המידה המקובלות באשר לסיכון חיי אדם ובריאות הציבור, אך אלה לא זכו להתייחסות ממשית בהחלטה שנסמכה, כאמור, באופן בלעדי על עמדת המשרד להגנת הסביבה.

התעלמותה של המועצה הארצית מדוחות וחוות הדעת של כלל הגורמים המקצועיים בתחום הבריאות, תוך הסתמכות בלעדית על עמדת המשרד להגנת הסביבה, מהווה פגם היורד לשורשה של ההחלטה שעניינו באי-שקילתם של שיקולים רלבנטיים באופן ההופך את ההחלטה לבלתי סבירה באופן קיצוני.

230. ולבסוף נעיר כי למעשה לא נעשה תסקיר חלופות ראוי לשמו עובר לקבלת ההחלטה. התסקיר היחיד שקיים, נעשה ביחס לחלק משדה זהר במסגרת התוכנית המפורטת הראשונה משנת 1999. תסקיר נוסף לא נערך ביחס לחלקים האחרים שהכרייה בהם באה בחשבון. לא נערך תסקיר נוסף אפילו לא ביחס לחלק הנוסף בשדה זהר שמתוכננת בו כרייה על אף קרבתו היתרה ליישוב כסייפה. נתון זה מראה עד כמה רעועה הייתה התשתית העובדתית שעמדה בבסיס החלטת המועצה הארצית.

ג.6(ד) אין מידע מלא ומאומת על כמות העתודות הזמינות לניצול בשדות הכרייה

הקיימים

231. אין ספק שאחד הנתונים החשובים לשם קבלת החלטה בתחום זה הינו מידע מהימן על כמות הפוספטים הזמינים לכרייה בשדות הכרייה הקיימים ובסביבותיהם. המידע הזה חיוני כדי לדעת מהו היקף החומר החסר עד לשנת היעד והאם יש אכן קיים צורך ממשי ואמיתי לשקול כרייה באזורים המצויים בסמיכות לריכוזי אוכלוסין, שהרי קיימת חובה לדחות את הכרייה מסכנת החיים עד שימוצה פוטנציאל הכרייה באזורים המרוחקים מהם. ככל שכמות הפוספטים בשדות הקיימים גדולה יותר, קטן הצורך לכרות בשדה בריר.

232. והנה מתברר כי בידי המדינה לא הייתה ועדיין חסרה תמונה מהימנה ומדויקת ביחס לנתון חיוני זה. הדברים עולים באופן חד משמעי מהמלצות הוועדה הבין-משרדית לבחינת משק הפוספט, יוני 2013 (להלן: "דו"ח משק הפוספט"). על-פי ההמלצות מאז שנת 2004 אין למדינת ישראל מידע מדויק ומהימן ביחס להיקפי העתודות הזמינות במכרות הקיימים בהם נכרה פוספט וזאת לאור היעדרם של כלי פיקוח ואכיפה מתאימים, המאפשרים למשרד האנרגיה לקבל מידע מהימן, שלם ואמיתי ביחס לעתודות הזמינות בשטחים בהם נכרה פוספט בישראל. ראו הדברים (עמ' 19-20 להמלצות הוועדה לבחינת משק הפוספט):

היעדר בסיסי מידע מעודכנים

בעבר החזיקה חברת 'פוספטים נגב' בסיס מידע גיאולוגי שכלל מידע רב אשר חלקו הגדול נאסף בשיתוף עם המכון הגיאולוגי. חברת 'פוספטים נגב' שהתמזגה עם 'רותם אמפרט' קיבלה מהמדינה את בסיס המידע במלואו והמשיכה לעדכנו במסגרת כריית הפוספטים וסקרים מקדימים. בשנת 2003 לערך העבירה חברת 'רותם אמפרט נגב' מידע כללי על פוטנציאל הפוספטים באזורים השונים שנכללו בדו"ח המכון הגיאולוגי שפורסם בשנת 2004. אולם המידע המעודכן והמפורט שהצטבר בחברה במהלך השנים האחרונות איננו נמצא בידי המפקח על המכרות. כתוצאה מהמחסור זה במידע, אין כיום מעקב מספיק הדוק בשטחים בהם מתבצעת כרייה. הכורה לא נדרש לאישור מהמפקח על המכרות לפתיחת שטחים חדשים בתחומי הזיכיון. עדכונים מתבצעים בסיוורים בשטח אחת לחודשיים-שלושה, ולמפקח חסר מידע שמצוי בידי חברת 'רותם-אמפרט נגב'. בשעה שהחברה הכורה מעמידה לרשות עובדיה את מיטב הכלים ההנדסיים והגיאולוגיים, לבניית מודל גיאולוגי של תת-הקרקע (על סמך נתוני הקידוחים), מידע זה איננו מצוי בידי המפקח והדבר פוגע באפקטיביות של הרגולציה. הוועדה ממליצה כי כל המידע יהיו גם בידי המפקח על המכרות, לרבות המודלים המשמשים לתכנון המכרה ופעילות הכרייה בכל שלב על ציר הזמן. מידע זה צריך להיות מעודכן כל 3-6 חודשים יחד עם מדידות מעבדה של דוגמאות מקידוחים ומהמכרות.

רצ"ב כנספח מז' מסקנות הוועדה הבין-משרדית לבחינת משק הפוספט במדינת ישראל (יוני, 2013).

233. מידע חלקי זה אשר מוזכר בהמלצות הוועדה לבחינת משק הפוספט הוא המידע אשר שימש את עורכי מסמך המדיניות אשר על בסיסו התקבלה החלטת המועצה הארצית לתכנון ולבנייה.

234. מהאמור עולה, כי הניתוח המוצג במסמך המדיניות שאושר על-ידי המועצה הארצית לתכנון ולבנייה מבוסס – לכל הפחות – על מידע חסר, לא שלם ולא מעודכן אשר נסמך על נתונים אשר סופק לגורמי השלטון על-ידי גורם מעוניין, מבלי שהיו לגורמי השלטון הנוגעים בדבר את כלי הפיקוח והאכיפה הראויים לקביעת אמיתותו של מידע זה.

235. מדובר במצב דברים פגום לפיו החלטה שלטונית כה דרמטית מתקבלת על בסיס מידע שעל-פי הגורמי האכיפה הרלוונטיים הוא מידע חלקי ולא מעודכן והוא המצוי רק ברשותו של הגורם הנוגע בדבר אשר הוא בעל אינטרס ברור וישיר באישור מסמך המדיניות, כאשר המלצות הוועדה לבחינת משק הפוספטים קובעת כי **"המידע המעודכן והמפורט שהצטבר בחברה במהלך השנים האחרונות איננו נמצא בידי המפקח על המכרות. כתוצאה מהמחסור זה במידע, אין כיום מעקב מספיק הדוק בשטחים בהם מתבצעת כרייה"**.

236. הדברים העולים כאן הם חמורים ויש בהם כדי להשפיע באופן ישיר על עניינה של עתירה זו. כפי שהובהר לעיל, מסמך המדיניות מביא במסגרתו ניתוח ביחס לכמות הפוספט שיש לאתר עד לשנת היעד 2045. כמות זו מבוססת על מידע ביחס לכמות הזמינה כיום לכרייה באתרים בהם נכרה פוספט. מידע מהימן ומלא ביחס לכך אינו נמצא בידי גורמי האכיפה כאמור בדו"ח משק הפוספט ועל בסיס חלקיות מיעד זה התקבלה החלטה כה גורלית העומדת במרכזה של עתירה זו.

ראוי היה כי גורמי האכיפה, כנגזרת מחובתם לברור יסודי ומלא של העובדות ובטרם קבלתה של החלטה כה משמעותית הנדונה בעתירה זו, יוודאו קיומו של מידע מהימן בנושא וכי כל החלטה תכנונית – כדוגמת ההחלטה הנדונה בעתירה זו – תעוכב עד לקבלתו של מידע מהימן בנושא. אך עקרונות משפטיים והגיון בסיסי מחד, ופעולות המועצה הארצית מאידך. המועצה הארצית ידעה על חלקיות המידע המצוי בבסיס מסמך המדיניות. ועל-אף האמור, פעלה להעדפתו של אתר שדה בריר כאשר קיימת אפשרות ממשית לפיה בדיקה יסודית של המידע תוביל למסקנה כי קיימת כמות פוספט כזו באתרים בהם נכרה פוספט כעת, אשר יש בה כדי למנוע כריית פוסטים בקרבתם של 55,000 אישה ואיש החיים באזור אתר שדה בריר והימנעות מפינויים של אלפי תושבים מבתיהם.

237. לצד זאת נבקש להדגיש כי גם המידע הקיים בידי רשויות השלטון ביחס לחלופת הערבה הנדונה במסמך המדיניות הוא מידע חלקי ביותר שספק אם ניתן על בסיסו – בהיעדרו של סקר חלופות ממשי – לקבל את ההחלטה שהתקבלה. ראו לעניין זה עמ' 40 למסמך המדיניות (נספח ג' לעיל):

מרבצי הפוספט בשולי הערבה ובנגב המרכזי... בשטחים אלה עתודות משוערות המסתכמות בכ- 600 מיליון טון שחלקם הגדול נמצאים באזורים בעלי ערכיות סביבתית גבוהה במיוחד ובחלקם מצויים מתחת לכיסוי טפל עבה במיוחד. מכלל זה המרבצים הצפוניים שבשולי הערבה ואשר בהם עתודות משוערות בהיקף של כ- 60 מיליון טון, קרובים יחסית לשטחי הזיכיון ונשקלים לניצול במסגרת השטחים שבקרבת שטחי הזיכיון. כמו כן בשטחים אלו לא נעשו סקרים מקיפים לבחינת טיב ואיכות הפוספט והידע על איכותו מוגבל ביותר. [ההדגשה הוספה].

כלומר, המידע המוצג ביחס לחלופות אלה במסמך המדיניות הוא מידע חלקי שכן – על-פי מסמך המדיניות עצמו – ”בשטחים אלו לא נעשו סקרים מקיפים לבחינת טיב ואיכות הפוספט והידע על איכותו מוגבל ביותר”. משמעות הדברים ברורה – המידע הקיים ביחס לחלופות אלה הוא חלקי ולפיכך המסד העובדתי שעמד לעיני המועצה הארצית לתכנון ולבנייה בעניין זה הוא פגום.

ושוב חוזר הניגון, אם היתה המועצה הארצית עומדת בחובתה לברור יסודי ומהימן של העובדות העומדות בבסיס החלטה, היתה מורה על עריכתו של תסקיר מקיף הכולל סק פוספט עדכני ומדויק במסגרתו נתונים ביחס להיקפי הפוספט הקיימים באזורים האמורים המהווים חלופה לכרייה בשדה בריר וכן סקר ביחס לאיכות סלע הפוספט המצוי במרבצים אלה. אך המועצה הארצית, נאמנה לשיטתה, בחרה שלא לבחון את המסד העובדתי באופן ראוי ויסודי והסתמכה גם בעניין זה על מידע חלקי.

238. בהיעדרו של מידע מהימן ועדכני ביחס לכמות העתודות הזמינות לכרייה בידי רשויות השלטון והישענותם של גורמי השלטון על מידע המצוי באופן בלעדי אצל גורם בעל עניין - כפי שעולה באופן ברור מהמלצות הועדה לבחינת משק הפוספט - לא ניתן להעריך באופן נכון וראוי את הכמות הנדרשת לתכנון לשנת היעד.

239. כאמור, החיוניות במידע מלא ומעודכן בנושא זה היא ברורה – אם יתברר כי קיימות כמויות ניכרות המאפשרות כרייה באזורים אלה ייחסך הצורך לכרות את הכמויות בשדה בריר. ניתן יהיה להגדיל את הכמות של החומר שתיכרה באזורים המרוחקים מאוכלוסייה במקום באזורים מאוכלסים. על רקע זה מתחדד עוד יותר הצורך לבחון את החלופות לכרות באזורים המרוחקים על בסיס תשתית עובדתית מלאה וראויה לשמה.

ג.6(ה) פיילוט בשדה בריר אינו יכול לשמש בסיס לגיבושה של תשתית עובדתית ראויה ואינו יכול לבוא במקום בחינת חלופות

240. על מכלול הליקויים בתשתית שהוצגו לעיל לא ניתן יהיה להתגבר באמצעות עריכת פיילוט

בשדה בריר עצמו. עמדתו החד משמעית של משרד הבריאות, הנשענת על חוות דעתו של פרופ' סמט, הגורם העצמאי והבלתי תלוי, מציינת כי אין תוחלת בפיילוט שכזה. וכך כותב פרופ' גרוטו (במכתבו מיום 31.3.14, נספח יז' לעיל, בעמ' 6):

החלטה על ביצוע פיילוט תלויה במטרות המוגדרות להשגה. כאמור, כל עליה בריכוז החומר החלקיקי טומנת בחובה סיכון וברור כי כל כריה תביא לעליה בריכוז החומר. לאור זאת, ברור כי פיילוט, טוב ככל שיהיה לא יכול לשלול ולהבטיח אי סיכון. במידה וזו מטרת הפיילוט הרי אין מקום לביצועו.

הפיילוט יכול לתת אינדיקציות לגבי המודל אך לא לגבי כרייה מלאה בפועל. לדברי פרופ' סמט, "הציפיות ממנו אינן ריאליות".

ואכן, פרופ' סמט מציין כי הפיילוט המתוכנן "כרוך בייצור מוגבל בהשוואה לנתוני הייצור המלא והאתר הוא בחלק של השדה הרחוק ביותר מהיישובים הגדולים" (עמ' 14 לתרגום חוות הדעת, נספח טז' לעיל).

241. וניתוח נוסף של הדברים אפשר למצוא במכתבו מיום 30.11.2014 של פרופ' גרוטו לחברי המועצה הארצית (נספח יט' לעיל) שם כתב בעמ' 3:

...אין מקום או תועלת בביצוע פיילוט מכוון שהפיילוט שהוצע הינו במקום מרוחק והיקף הכרייה שתוכנן לא ישקף מצב של כרייה מלאה ולכן אין בו תועלת וסימני השאלה הקיימים יישארו במקומם. פרופ' סאמט המשיך לומר, שאם יוחלט על ביצוע פיילוט (ואין לראות באמירה זו שלו המלצה לביצוע פיילוט על ביקורת על הפיילוט ועל הצורך בו), על מנת שנוכל לקבל ממנו מידע תקף, אזי עליו להיות בנקודה הקרובה ביותר לעיר ובהיקף כריה מלא (על מנת לשקף את הסיכון האמיתי לעיר), ובמצב כזה הו[א] אינו פיילוט אלא ניסוי קליני על בני אדם אשר עלול לגרור השלכות בריאותיות, בדיוק כפי שהוצג בדו"ח.

242. על רקע זה אם יקויים פיילוט זהיר ומרוסן במקום, הרי שתוצאותיו לא יוכלו להוות בסיס לקבלת החלטות מושכלות המבוססות על נתוני אמת. ואם יבוצע פיילוט אמיתי ומקיף הרי שיקום לפנינו ניסוי מלא שאינו אלא ניסוי בחיי בני אדם.

243. זאת ועוד; פיילוט בשדה בריר עצמו אינו יכול להיות חלופה לניתוח חלופות ראוי לשמו. אין הרי תוחלת לקיים פיילוט, המסכן חיים כשלעצמו, ללא שבוחנים כראוי את קיומן של אלטרנטיבות שאינן מסכנות מלכתחילה חיים באותה העוצמה.

244. בנוסף, מה הטעם בקיומו של פיילוט אם התשתית המשפטית לעריכתו תהיה פרשנות שגויה

בעליל של חוק אוויר נקי?

245. על רקע זה, ובכל הכבוד, המועצה הנכבדה לא עמדה בחובתה לבחון כראוי ובאופן מעמיק את החלופות השונות העומדות על הפרק, הכוללות סיכון מופחת בהרבה לחיים ולבריאות, ולגבש תשתית ראויה להחלטה כה דרמטית בעלת השלכות כה כבדות.

ג.6(ו) תשתית שגויה המצדיקה את ביטול ההחלטה – הודאת בעל דין מצד המשיבים

246. כאמור, לאחר קבלת ההחלטה של המועצה הארצית ולאחר הדיון הסוער שהתקיים בעקבותיה בכנסת (ראו לעיל הסקירה בחלק העובדתי) החליטו שר הבריאות והשר להגנת הסביבה כי יערך תסקיר חדש, "שלא יתבסס על נתונים ומחקרי עבר אלא מ'אפס'. כתיבת ההנחיות לתסקיר החדש תעשה על ידי צוות משותף של משרד הבריאות והמשרד להגנת הסביבה. התסקיר עצמו יוכן על ידי הממשלה ולא על ידי היזם, כפי שנהוג בד"כ". (ראו הצגת הדברים לעיל).

247. בכך למעשה מודה המדינה כי לא ניתן לבסס את ההחלטה העומדת על הפרק על בסיס התשתית שניצבה בפועל בפני המועצה הארצית. די בנתון זה כדי להראות שהחלטת המועצה אינה יכולה עוד לעמוד.

בעניין זה נפנה את בית המשפט הנכבד לבג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002) שם התעוררה סוגיה דומה. על הפרק עמדו החלטות מהותיות ביותר של מועצת מקרקעי ישראל, שצוות בין משרדי (ועדת מילגרום) הגיע למסקנה כי אין הן יכולות לעמוד. על רקע זה נפסלו ההחלטות, שעה שבית המשפט הנכבד הנחה את הגורמים הרלבנטיים בדבר השיקולים הראויים שיש לשקול במסגרת קבלת ההחלטה החדשה.

כזאת צריך לעשות גם כאן.

אכן, התשתית העובדתית הוכרה כבלתי מספקת על ידי המדינה, ולכן ברור שהמועצה הארצית הנכבדה תצטרך לקבל החלטה חדשה על בסיס התשתית החדשה שתעמוד לנגד עיניה בעתיד. יחד עם זאת, החלטת המועצה הארצית הקודמת עדיין עומדת על תילה, וכול עוד היא לא בוטלה הכרעותיה הנורמטיביות העקרוניות בעינן עומדות, ומחייבות את כל המוסדות התכנוניים בעתיד לבוא, שהרי ברור ששר הבריאות והשר להגנת הסביבה אינם מוסמכים להחליף את שיקול דעתה.

לכן, תהיה התשתית העובדתית אשר תהיה, היא תיבחן תחת הפרשנות השגויה של חוק אוויר נקי; ופרשנות זו תהיה מחייבת כל עוד לא בוטלה. זאת ועוד – התשתית תיבחן רק ביחס לשדה בריר, ללא בדיקה נאותה של חלופות אחרות וזאת בניגוד לחובות החוקתיות לצמצם את הפגיעה בחיים ובבריאות ובניגוד לעקרון הזהירות המונעת.

248. על רקע זה אין די בעריכת תסקיר חדש, אלא יש לבטל את החלטת המועצה הנדונה בעתירה זו, כדי שהדין יועמד על מכונו, והליכי התכנון העתידיים ישענו על בסיס משפטי נכון, וכדי שיובהר שיש לבחון גם חלופות אחרות לכרייה ולא להתמקד באתר שדה בריר בלבד.

ג.7 דין החלטת המועצה להתבטל

249. על רקע מכלול הטיעונים כולו עמדתנו היא כי דין ההחלטה של המועצה הארצית להתבטל ויש להורות על בטלותן של הוראות תמ"א 14/ב הנוגעות לכריית פוספט באזור זוהר דרום בו מצוי אתר שדה בריר.

250. נקודת המוצא העובדתית היא דבר קיומו של סיכון חמור לבריאות ולחיים, הנלווה להחלטה לכרות פוספטים באזור מאוכלס; זהו סיכון שמשרד הבריאות, הגורם הממלכתי בר הסמכה בתחום, הגדירו כבלתי קביל, וכחורג במובהק מאמות מידה מקובלות בעולם המערבי.

251. מבחינה דיונית, מוטל הנטל על המועצה הארצית להצדיק את החלטתה, וזאת על בסיס:
(א) דיני הזהירות המונעת מטילים על הגורם לסיכון את הנטל להצדיקו. כפי שמציינים שרגא ושחר (המשפט המינהלי: עקרונות יסוד, בעמ' 260):

[המבקשים לנקוט פעולה חדשה בעלת סיכוי לסיכון, חייבים להיות מעורבים בלימוד השלכות פעולתם ולהסביר כיצד פעולה זו לא תגרום לנזק. הנטל אינו מוטל על הטוענים כי הפעולה פוגעת באינטרס הציבורי, אלא על המבקשים לנקוט פעולה שטמון בה פוטנציאל לסיכון:

"When activity raises threats of harm to human health or the environment, precautionary measures should be taken even in some cause and effect relationship are not established scientifically. In this context the proponent of activity, rather than the public, should bear the burden of proof."

ניסוחים אלה מעבירים את נטל ההוכחה והשכנוע אל כתפיהם של התומכים בפעולה בת הסיכון, שהם גם בעלי הכוח, השליטה והמשאבים למנוע את הנזק הפוטנציאלי. נטל זה הוא בעל נפקות כלכלית כלפי אותם גורמים התומכים בפעולה בת הסיכון. הוא גם בעל נפקות מעשית כלפיהם: עליהם להבין, לחקור, לפקח, ליידע ולפעול."

(ב) ולאותה התוצאה הדיונית מוליכים דיני המידתיות הכלליים. בעתירה זו עמדנו בנטל המוטל עלינו לבסס פגיעה בזכות החוקתית לחיים ולבריאות ובזכות ההלכתית לאיכות הסביבה, וזאת, בין היתר, על בסיס עמדתו החד משמעית של משרד הבריאות. לאור זאת

הנטל להוכיח כי הפגיעה היא מידתית (ולפיכך חוקתית) מוטל על הטוען לחוקתיות ההחלטה (ראו אצל אהרן ברק **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 537 (תש"ע)), קרי על המועצה הארצית. כך באופן כללי וכך גם ביתר פירוט ביחס לשאלה האם אין חלופות שפגיעתן פחותה (שם, בעמ' 547):

"הנטל להביא ראיות (להבדיל מנטל הטיעון) צריך להיות מוטל על שכם הטוען כי אין אפשרות להגשים את התכלית הראויה בדרך שלפי הטענה פגיעתה פחותה. המידע הזה נתון בידי המדינה".

252. המועצה הארצית רחוקה, בכל הכבוד, מלעמוד בנטל הכבד להצדיק את הסיכון החמור לחיים ולבריאות בנסיבות העניין, ועמדנו על הדברים בהרחבה, הן במישור שיקול הדעת והן במישור ההליך:

(א) המועצה נמנעה מלבחון כראוי חלופות המצמצמות את הסיכון לחיים ולבריאות נוכח פרשנותה השגויה בעליל של חוק אוויר נקי;

(ב) היא נמנעה מליצור סדר עדיפויות למימוש הכרייה באופן שתחילה תתבצע במקומות המרוחקים מאזורי האוכלוסייה. בכך הפרה את חובתה להשתדל ולהימנע מלהטיל סיכון כה חמור לחיים ולבריאות על תושבי ערד, כסייפה והפזורה הבדואית, ולהימנע מהצורך בעקירתם של אלפי בדואים מאזורי המגורים שלהם.

(ג) היא נמנעה מלערוך בחינה ראויה של חלופות בהתאם לסיכון הבריאותי, וזאת חרף התראות חוזרות ונשנות, ולכן הליך בחינת החלופות שלה, המתחייב מכוח הדין, היה לקוי מיסודו.

(ד) היא נשענה על תשתית עובדתית מוטת, חסרה ושגויה, וגם כאן התעלמה משורת התראות שעמדה לנגד עיניה עובר לקבלת ההחלטה.

253. על רקע זה יש להחזיר את הסוגיה בכללותה לעיונה המחודש של המועצה, על מנת שההליך התכנוני העתידי יתקיים בהתאם להוראות הדין, ובחינת החלופות תייחס את המשקל הראוי לסיכון הנשקף לחיים ולבריאות.

ד. סוף דבר

254. על רקע כל האמור לעיל, נבקש את בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש, לבטל את החלטת המועצה הארצית ולהחזיר הנושא לבחינתה המחודשת.

255. עוד נבקש קיומו של דיון מהיר בעתירה דנא, נוכח השלכותיה כבדות המשקל על עשרות אלפי תושבי האזור, והצורך של הצדדים כולם לדעת את הדין עובר להמשך קידום התוכניות לכריית חומר הפוספטים המסוכן.

256. לבסוף נבקש להטיל את הוצאות העותרים על המשיבים, ובכלל זה את הוצאות שכ"ט עורכי

דינם.

היום, 22 ביולי 2018

עו"ד ד"ר (גיאוי) ערן צין

עו"ד חיים שימן

עו"ד אפי מיכאלי

באי-כוח העותרים